DIE BANKERUTTDELIKTE

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
FRITZ WALTHER
Gerichtsassessor aus Hechingen

1937

BUCHDRUCKEREI DER HOHENZOLLERISCHEN BLÄTTER
HOLZINGER & Co, HECHINGEN

Zum Druck genehmigt
von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung) der Universität Tübingen

Dekan: Prof. Dr. Hans Kreller

Referent: Prof. Dr. Eduard Kern

Tag der mündlichen Prüfung:
25. Juni 1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Das Wesen des strafbaren Bankerutts . . . . . Seite 7

Wesen, sowie strafrechtliche Bedeutung der Zahlungs-Einstellung (ZE) und Konkurs-Eröffnung (KE) bei den Bankeruttdelikten . . . . . Seite 14

Das Verhältnis der Bankerutthandlungen zur Zahlungs-Einstellung und Konkurs-Eröffnung . . . . . „ 31

Die Bankerutthandlungen . . . . . „ 36

Die Schuldseite . . . . . „ 54

Die Erweiterung des Täterkreises nach § 244 KO . . „ 64

Schuldnerbegünstigung (§ 242 KO) und Stimmverkauf (§ 243 KO) sind keine Bankeruttdelikte . . . . . „ 66

Die Anwendung der Allgemeinen Grundsätze des STGB auf die Bankerutthandlungen . . . . . „ 68

Ort und Zeit der Handlung, Verjährung „ 70

Versuch . . . . . „ 74

Teilnahme . . . . . „ 78

Konkurrenz . . . . . „ 82

Herrn Oberregierungs- und Obermedizinalrat
Dr. Wilhelm Loerch, Hechingen-Berlin
in Dankbarkeit zugeeignet

Literatur-Verzeichnis

v. Babo, Der betrügerische Bankrott, Diss. Heidelberg 1908.

Beling, Grundzüge des Strafrechts 8. u. 9. Auflage, Tübingen 1920.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., Leipzig 1898.

Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, Bd. I 2. Aufl. Leipzig 1902, 1904.

v. Brunegg, Die Konkursverbrechen des Deutschen Rechts, (Ger. Saal Bd. 82) Stuttgart 1914.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGST).
„ „ „ in Zivilsachen (RGZ).

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl. 1925, 17. Aufl. 1926.

Gerichtssaal, Der (Ger. S.).

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin u. Leipzig 1922.

Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. 7. 1896.

Goltdammers Archiv (Archiv für Strafrecht u. Strafprozeß), (Goltd. Archiv), herausgeg. von Goltdammer.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II, Bonn 1884.

Hegler, (Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Bd. 10).
„ (Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft - Z. Str. W. - Bd. 36 Seite 19 u. 184).

Helferich, Die Bedeutung von Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung Diss. Greifswald 1920.

Holtzendorff's Handbuch (Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen), herausgegeben von v. Holtzendorff, Berlin 1871/77.

Höchstrichterliche Rechtsprechung (HRR) auf dem Gebiete des Strafrechts.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl. Berlin 1916.

Juristische Wochenschrift (JW).

Kellner, Die Gläubiger- u. Schuldnerbegünstigung (§§ 241, 242 KO) Diss. Würzburg 1928.

Kleinfeller, Zur Lehre vom strafbaren Bankerott, Ger. Saal Bd. 43.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts 1891.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht VIII. Jahrgang 1914.

Liszt, v., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Aufl., Berlin 1921, 25. Aufl., Berlin 1927.

Lettenbauer, Gläubiger- u. Schuldnerbegünstigung, Breslau 1931.

Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 1926.

Merkel, Bankerutt (in Holtz. Handb. Bd. III), Berlin 1874.
„ Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

Meves, Studien über das Wesen und den Tatbestand des einfachen Bankerutts, Goltd. Archiv Bd. 36, Berlin 1888.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig 1922.

Neumeyer, Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankrotts, München 1891.

Oetker, Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- u. Nebenfrage, Ger. Saal Bd. 64 Seite 55.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, (bearbeitet von Zweigert), 11. Aufl., Berlin 1927.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich 4. Aufl. 1900.

Reichart, Der strafbare Bankrott, Ger. Saal Bd. 48 Seite 81.

Schmidt, Der strafbare Bankbruch in historisch-dogmatischer Entwicklung, München 1893.

Schwarz, Strafgesetzbuch, Berlin 1933 1. Aufl.

Stenglein, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen Bd. I 4. Aufl., Berlin 1910.

v. Völderndorff, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, Erlangen 1895.

Wach, Der Bankerutt in „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts", Besonderer Teil, Bd. VIII, Berlin 1906.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.

Weber, Zum Leipziger Bankprozeß, (Ger. S. Bd. 65), Stuttgart 1904.

Wolff, Bernhard, Der Bankerutt, Diss. Marburg 1906.

Das Wesen des strafbaren Bankerutts

Zu denjenigen Delikten, die sich nur sehr schwer unter die allgemeinen strafrechtlichen Regeln bringen lassen, deren spröder Stoff in Doktrin und Praxis zu einem hohen Grad der Unsicherheit in den Grundfragen geführt hat, gehören die in den §§ 239 bis 241 der Konkursordnung mit Strafe bedrohten Bankeruttdelikte. Diese Delikte müssen immer noch dem Kreis derjenigen Delikte zugerechnet werden, deren begriffliche Entwicklung in Gesetzgebung und Wissenschaft noch im Flusse begriffen ist.

Gleichsam Symbol für die Zerrissenheit der Materie scheint — rein äußerlich betrachtet — die verschiedene Bezeichnung zu sein, die dem Delikt in Rechtsprechung, Lehre und Sprachgebrauch beigelegt wird. „Bankerutt", „Bankerott", „Bankbruch" bezeichnen das Delikt, von denen sich eigenartigerweise das deutsche „Bankbruch" am allerwenigsten eingebürgert hat und dem Sprachgebrauch des Volkes überhaupt fremd geblieben ist. Unter häufiger Gleichstellung des Bankerutts und des Konkurses pflegt der Volksmund nicht zu unterscheiden zwischen dem gerichtlichen Konkursverfahren zur gerechten Verteilung des Vermögens eines zahlungsunfähigen Schuldners unter seine Gläubiger und der strafbaren Handlung, durch die ein solcher Schuldner durch Verminderung seiner Leistungsfähigkeit seine Gläubiger verletzt oder gefährdet oder zu verletzen oder zu gefährden sucht zum Vorteil für die oder einen bestimmten Gläubiger und zum Nachteil der Gläubigergesamtheit.

Nach innen ist strittig die Natur der Bankeruttdelikte. Wichtige Zweifelsfragen sind der Wissenschaft zur Lösung überlassen, weil das Gesetz die wünschenswerte Genauigkeit und erforderliche Klarheit des Ausdrucks vermissen läßt.

Der strafbare Bankerutt tritt in zwei Grundformen auf:

Der betrügerische Bankerutt (§ 239 KO).

Der einfache Bankerutt (§ 240 KO).

Mit dem betrügerischen und dem einfachen Bankerutt ist der Rahmen der Bankeruttdelikte aber noch nicht ausgefüllt. Von den außer diesen beiden Tatbeständen im 3. Buche der Konkursordnung mit Strafe bedrohten Delikten sind bei der Betrachtung der Bankeruttdelikte noch zu behandeln: Die Gläubigerbegünstigung (§ 241 KO), die Schuldnerbegünstigung (§ 242 KO) und der Stimmkauf (§ 243 KO). Die Untersuchung wird jedoch ergeben, daß die Tatbestände der §§ 242 und 243 KO nicht als eigentliche Bankeruttdelikte anzusehen sind.

Die Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288 STGB) und die Depotunterschlagung (Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. 7. 1896) sind als Delikte des Schuldners gegen den einzelnen Gläubiger hier gleichfalls nicht zu behandeln.

Die Delikte zeigen einen übereinstimmenden Aufbau: Die Generalexekution in das Vermögen des Schuldners kann, wie die Spezialexekution, durch Handlungen des Schuldners vereitelt oder doch zum mindesten erschwert werden. Die Handlungen hat jedoch das Gesetz nicht schlechthin, sondern nur dann für strafbar erklärt, wenn der Vermögensverfall eingetreten ist, d. h. also bei den Bankeruttdelikten, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat oder wenn über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist. Das Gesetz bedroht demnach mit Strafe weder die Zahlungseinstellung oder das Konkursmachen an sich, noch auch allein die Bankerutthandlungen, sondern Strafe soll nur dann eintreten, wenn sowohl Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung als auch die Bankerutthandlung, also nur wenn beide Tatsachen vorliegen. Daran knüpft der Streit, ob das der Bankerutthandlung hinzutretende Moment objektive Bedingung der Strafbarkeit ist, also gänzlich außerhalb des Tatbestands liegt, oder ob es Bestandteil des Tatbestands ist. Strittig ist in Verbindung damit die Frage, was nun eigentliches Delikt ist, die Bankerutthandlung oder das Bankerutt-werden. Alle diese Fragen lassen sich aus dem Gesetzestext nicht

ohne weiteres beantworten; sie sind aber für die Auslegung der Stellen von großer Wichtigkeit, soweit Fragen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, wie Ort und Zeit der Handlung, Verjährung, Versuch, Teilnahme und Konkurrenz zu beantworten sind. Um nun das Wesen der Bankeruttdelikte näher zu beleuchten, bedarf es zunächst einiger Ausführungen über die Beschaffenheit des Angriffs und dessen Objekt. Im allgemeinen herrscht Einstimmigkeit darüber, daß allen Arten des Bankerutts die gleiche Verbrechensnatur zuzuschreiben ist; Streit erhebt sich jedoch darüber, ob der Angriff in seinen Erscheinungsformen zur Gefährdung oder Verletzung eines Interesses führt, wovon natürlich abhängt, ob der Bankerutt ohne Rücksicht darauf bestraft wird, ob die Gläubiger durch eine Bankerutthandlung geschädigt wurden oder nicht.

Die Vertreter derjenigen Ansicht, die den Bankerutt als Gefährdungsdelikt betrachten, sehen den Grund der Strafandrohung der §§ 239 und 240 KO nicht darin, daß die Bankerutthandlungen einen schädigenden Erfolg herbeigeführt haben, sondern nur deshalb, weil sie einen Gefahrzustand berbeiführen, aus dem sich die naheliegende Möglichkeit einer Verletzung ergibt. So betont Kleinfeller (in Pet. Kleinf. zu 239), es komme nicht darauf an, welchen Einfluß die Bankerutthandlung oder die ZE oder KE auf das Vermögen der Gläubiger ausgeübt hat; nur die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, nicht der Umfang, den die Tat im einzelnen Falle annimmt, sei entscheidend; so kommt er zu dem Ergebnis, daß der betrügerische wie der einfache Bankerutt Gefährdungsdelikt sei. Die Gefahr werde zunächst durch die einzelne Bankerutthandlung herbeigeführt und durch die ZE oder KE näher gerückt, wobei eines der beiden letzten Ereignisse vorausgegangen oder eine Bankerutthandlung, die Gefahr verstärkend, nachgefolgt sein kann. Dieser Standpunkt führt folgerichtig zur Bestrafung des Täters, auch wenn die Gläubiger trotz ZE oder KE vollständige Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erlangt haben, wenn auch nur eine Bankerutthandlung

mit dem Zustand der ZE oder KE zusammentrifft. Die Bestrafung erfolgt daher nur, „weil die Befriedigung der Gläubiger gefährdet war". Auch Merkel (in HOLTZ. Handbuch III Seite 820) verlangt eine wirkliche Benachteiligung nicht. Die auf die Gläubigerbenachteiligung gerichteten Handlungen können daher „möglicherweise die Merkmale einer nur putativen Verletzung oder Gefährdung der Interessen der Gläubiger haben". Nach Meves (GA 36,380) ist das Wesen des einfachen Bankerutts in einer nicht beabsichtigten und nicht gewollten Gefährdung der Gläubigerrechte zu finden. Die dargelegte Ansicht vertritt auch Rohland S. 33. Auch das Reichsgericht sieht das Wesen des Delikts in einer Gefährdung der eigenen Zahlungsfähigkeit, RGST 14, 222; ähnlich RGSt 13,42. Die Begründung der ersteren Entscheidung legt dar, das Gesetz untersage dem Schuldner die Vornahme der Bankerutthandlungen, „weil erfahrungsgemäß eine Nichtbefolgung dieser Vorschriften seine Zahlungsfähigkeit gefährden kann." Auch v. Völderndorf ist wohl hierher zu rechnen, der das Wesen des Delikts in der leichtfertigen Bedrohung der Interessen der Gläubiger durch den Schuldner findet. Rohland S. 33 faßt den betrügerischen Bankerutt als versuchte Vermögensschädigung auf, die zum vollendeten Delikt erhoben sei. Gerade diese Behandlung gibt Kleinfeller jedoch Anlaß, den Bankerutt unter die Gefährdungsdelikte einzureihen.

Andere Schriftsteller erachten den Bankerutt als reines Verletzungsdelikt. So Binding 437, C. Jaeger 939, Schmidt 115, Wachenfeld 430, v. Brunegg 250, Neumeyer 1, 78, 139, 154, Reichart 285. Sie erblicken die Natur des Delikts in der Verletzung der Gläubigerinteressen, weil die Forderungen durch die ZE oder KE Not leiden. Da eine Vermögensminderung die Gläubiger notwendig schädigt, so könnten die Bankeruttdelikte keine Gefährdungsdelikte, sondern sie müssen in ihrer Natur Verletzungsdelikte sein. „Es bedarf wohl keines Nachweises, daß die Gläubiger z. B. durch Beiseiteschaffen des schuldnerischen Vermögens verletzt werden, indem dadurch die

Masse und die Dividende geschmälert werden. Der Benachteiligungseffekt bleibt nicht deshalb aus, weil das beseitigte, verheimlichte Objekt entdeckt und die Dividende dadurch erhöht wird, ebensowenig wie bei Diebstahl der deliktische Erfolg ausbleibt, wenn die gestohlene Sache zurückgebracht, bei Betrug der Schaden ersetzt und die Körperverletzung wieder geheilt wurde. Wenn auch der Schaden wieder gutgemacht wird, so ist trotzdem die einmal eingetretene Tatsache des deliktischen Erfolgs nicht mehr aus der Welt zu schaffen" (Brunegg GA 82,250). Diese Argumente schließen danach die Natur des Gefährdungsdelikts aus. Bei diesen Ansichten darf nicht übersehen werden, daß die Forderung eines Gläubigers nicht etwa allgemein auf Leistung schlechthin geht, sondern auf Leistung in der ausbedungenen Zeit und Art und an dem ausbedungenen Orte. In allen Fällen, in denen nach Bankeruttwerden etwa noch die volle Leistung erfolgt, erfolgt sie doch nicht in den vertragsmäßigen Abmachungen. Daher kann schon durch den Eintritt von ZE oder KE das Recht des Gläubigers sofort verletzt werden. Danach besteht schon bei geringstem Verzug des Schuldners, der bei ZE oder KE wohl die Regel sein wird, die Möglichkeit, daß das Rechtsgut durch nicht rechtzeitige Erfüllung der bestehenden Verbindlichkeiten verletzt wird. Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit schließt in jedem Fall eine Beeinträchtigung der Gläubiger in sich, „sei es auch nur dadurch, daß sie das ihnen Zukommende zu spät erhalten" (Jaeger a. a. O.). Auch das Reichsgericht spricht in RGSt 16,189 von „Beeinträchtigung" (trotz „Gefährdung" in 13,42). Der Kampf um die Frage „Verletzung oder Gefährdung" hat eine dritte Ansicht gezeitigt. Sie macht zwischen Gefährdung und Verletzung keinen Unterschied, indem sie beides „in bunter Mischung" annimmt (Brunegg a. a. O.). Diese Ansicht vertreten auch Frank (§ 239 I) und Wach (65), der die Frage lediglich — und das mit Recht — als doktrinäre Frage betrachtet. Dieser Ansicht ist beizupflichten, die das Wesen der Bankeruttdelikte entweder als Gefährdung oder Verletzung der Gläubiger-

interessen ansieht. Diese Interessen sind

Gegenstand der Verletzung oder Gefährdung.

Über dieses Objekt des Angriffs gibt ein Blick auf die Literatur auch hier ein Mosaik verschiedenster Ansichten. Die älteren Strafgesetze gewährten den Forderungsrechten nur Schutz gegen Betrug, Untreue oder Unterschlagungen. Wurde das Recht des Gläubigers auf andere Weise angegriffen oder geschädigt, so hat dieser lediglich den privatrechtlichen Anspruch auf Schadenersatz, aber keine Möglichkeit, die Bestrafung des Täters herbeizuführen. Im Anschluß an diese Rechtsauffassung wurde daher zuerst versucht, die Bankeruttdelikte unter die Tatbestände der bereits bekannten Vermögensdelikte unterzubringen (so das Preuß. Allgemeine Landesrecht; auch das Bayer. STGB von 1813 — Verfasser: Feuerbach —). Sie gingen von dem Grundsatz aus, daß der betrügerische Bankerutt nur eine Species des Betrugs sei und somit auch als eine bestimmte Art des Betrugs behandelt werden müsse. So betrachtet Goldtdammer (Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten Teil II S. 592) den eigentlichen Bankerutt als eine Art der qualifizierten Vermögensbeschädigung durch Betrug. Diese Ansicht hat selbstverständlich für die Bankeruttdelikte heute auszuscheiden, nachdem sie zum selbständigen Delikt erhoben worden sind.

Unter dem Einfluß der Motive zum II E § 278 wurde von früheren Schriftstellern der „allgemeine Kredit" (nicht zu verwechseln mit dem öff. Kredit des Staates) als das zu schützende Rechtsgut bezeichnet. So erblickt Hälschner (bei Meves 379) in dem Bankerutt nicht ein gegen das Vermögen der Gläubiger gerichtetes Delikt, sondern findet dessen Wesen in der über den Kreis der beteiligten Gläubiger hinausgehenden Erschütterung des Kredits und in der dadurch bewirkten Schädigung der wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft, zu denen er besonders den für kaufmännische Verhältnisse notwendigen Kredit rechnet. Unser Wirtschaftsleben ist nun allerdings auf der Grundlage des Kredits aufgebaut,

und die einzelnen Teile sind so eng verknüpft, daß gegebenenfalls ein Konkurs die Veranlassung zu weiteren Konkursen werden und zu weit wirkenden Störungen des Kredits führen kann; gleichwohl müßte sich die Erhebung dieser Ansicht zur allgemein richtigen den Vorwurf der Einseitigkeit gefallen lassen, denn Folgen wie die dargelegten wird nur ein großer Konkurs eines Kaufmanns nach sich ziehen, wodurch das Delikt gleichsam zu einem Standesdelikt erhoben würde. Die KO hat aber den Kreis der Deliktssubjekte absichtlich über den Kaufmannsstand ausgedehnt und besonders im § 240 KO, Handlungen aufgeführt, die auch von Nichtkaufleuten begangen werden können; und wenn man weiter beachtet, daß in den Jahren des wirtschaftlichen Niederganges vor 1933 ein hoher Prozentsatz der Konkurse auch auf kleine Kaufleute, Nichtkaufleute und Gewerbetreibende entfällt, wo die Folgen über den Kreis der unmittelbar beteiligten Gläubiger im allgemeinen nicht hinausreichten, die Bankerutthandlungen also keine „Fernwirkungen“ hatten, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß diese Ansicht den Kreis der Interessen zu weit zieht. Aber auch diejenigen Schriftsteller, die eine Fernwirkung bejahen, müßten doch zugeben, daß die Beziehung des Bankerutts über die konkreten Gläubiger hinaus auf den öffentlichen Kredit dogmatisch ist, denn schließlich wirken doch alle Verbrechen, nicht bloß die Bankeruttdelikte, über die Grenzen ihrer konkreten Verletzung hinaus (vergl. Binding a. a. O).

Die neuere Richtung betrachtet daher als verletztes Rechtsgut das Vermögen der Gläubiger und zwar nicht das Vermögen als Sammelbegriff, sondern die einzelnen Forderungen als dessen Bestandteile, da nur diese als „Lebens- und Rechtsgüter in Frage kommen“ (Brunegg a. a. O).

Wesen, sowie strafrechtliche Bedeutung der Zahlungseinstellung (ZE) und Konkurseröffnung (KE) bei den Bankeruttdelikten

I

Zwei Merkmale stellt das Gesetz in den verschiedenen Tatbeständen auf, die in ihrem Zusammentreffen die Bankeruttdelikte hervorbringen: die ZE oder KE auf der einen, die Bankerutthandlungen auf der andern Seite.

Unter ZE im S. der §§ 239, 240 und 241 KO ist die Tatsache zu verstehen, daß ein Schuldner seinen Gläubigern gegenüber die Erfüllung seiner in Geldleistung bestehenden Verbindlichkeiten, das Zahlen, eingestellt hat, wobei aber trotz der Ausdrucksweise des Gesetzes nicht eine Mehrheit von Gläubigern erforderlich ist, sondern daß ZE nach übereinstimmender Ansicht von Wissenschaft und Praxis auch dann angenommen werden kann, wenn nur ein Gläubiger vorhanden und dieser nicht befriedigt worden ist (RGSt. 39, 326; 41, 314; Jaeger KO § 102; Frank IV zu § 239 und Wach 72). Im einzelnen reicht zur Annahme der ZE nicht aus, daß nur einzelne fällige Zahlungen nicht geleistet sind, oder einer von mehreren Gläubigern nicht befriedigt wird, vielmehr ist erforderlich, daß der Schuldner aufgehört hat, allgemein seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Der Zustand der Zahlungsunfähigkeit als normale Gleitbahn zur ZE braucht kein dauernder, nicht zu beseitigender sein, wenn auch anderseits eine bloß augenblickliche, vorübergehende Stockung der Zahlungen noch nicht eine ZE ist. Meistens wird eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners über sein künftiges Nichtzahlen wohl erfolgen, sie wird aber nicht zu fordern sein. Die Tatsache der ZE kann vielmehr auch aus schlüssigen Handlungen des Schuldners entnommen werden (wie fortgesetztes Nichtzahlen der fälligen Schulden, Schließen der Geschäftsräume, Flucht wegen der Schulden). Ein ausdrückliches Verhalten (Er-

klärung) oder wenigstens eine konkludente Handlung verlangt Wach 66. Neumeyer 136 spricht von ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts führt S. 92 aus: „Eine außergerichtliche Konstatierung (der Zahlungsunfähigkeit) heißt ZE. Diese ist nichts anderes als die im Verkehr mit den Gläubigern abgegebene Erklärung der Zahlungsunfähigkeit". Danach ist unter ZE zu verstehen ein Verhalten des Schuldners, aus dem sich für Dritte erkennbar ergibt, daß er die fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen allgemein außerstande ist. Dieses Verhalten ist nicht notwendig ein Willensakt in dem Sinne, daß der Schuldner den Entschluß faßt, nicht zu erfüllen, sondern ein Tun oder Unterlassen, das einen Schluß auf das Unvermögen zur Erfüllung notwendig macht, das also mit dem Willen, die Gläubiger zu befriedigen, wohl vereinbar ist. Da das Konkursrecht in § 102 Abs. 2 KO die ZE als ein Anzeichen der Zahlungsunfähigkeit bezeichnet und sich mit dem tatsächlichen Zustand des Nichtzahlens nicht weiter beschäftigt, so folgert Brunegg 255, diese verleihe „dem an sich negativen Begriff einen positiven Inhalt, die ZE werde zur Erklärung. Nach Frank II zu § 239 motiviert die Erklärung das tatsächliche Verhalten des Nichtzahlens; das nur tatsächliche Verhalten des Nichtzahlens lasse sich deshalb nicht als ZE bezeichnen, weil sich der durch § 102 Abs. 2 KO vorgeschriebene Schluß von der ZE auf die Zahlungsunfähigkeit aus bloßem Nichtzahlen nicht rechtfertige. Der Schuldner könne ja lediglich ein fauler Zahler oder durch Krankheit an der Zahlung verhindert sein oder seine Schulden einfach bestreiten und überhaupt nicht zahlen wollen. Binding 427 und Schmidt 131 sind im wesentlichen derselben Ansicht. Es mag zugegeben werden, daß der Ausdruck „einstellen" eine menschliche Tätigkeit bezeichnet, was zu Gunsten dieser Ansicht sprechen könnte. Insofern sind die Ausführungen der genannten Schriftsteller an sich zutreffend. Jedoch dürfte ihnen der Weitblick auf praktischen Erfolg fehlen. So könnte z. B. — um bei dem von Frank angeführten Fall zu bleiben — der

Schuldner trotz des schon längst eingetretenen Zustandes der Zahlungsunfähigkeit die ZE und den Eintritt der mit ihr verbundenen strafrechtlich bedeutsamen Momente dadurch hinausschieben, daß er eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung einfach nicht abgibt und sich passiv säumig verhält. Dieser Erfolg dürfte vom Gesetzgeber doch kaum bezweckt sein! Diesen unerwünschten Erfolg verhindern dagegen RGSt. 3, 294 und 41, 312; Reichart GS 48; Mentzel KO zu § 239. Sie erachten eine ausdrückliche Erklärung oder schlüssige Handlung nicht für erforderlich, sondern halten die ZE für einen rein tatsächlichen Vorgang, für eine Tatsache, die nicht notwendig ein Willensakt des Schuldners sein muß; auch Kleinfeller GS 43, 161 sieht in der ZE das äußere Erkennungszeichen eines Zustands. Das RG fordert ebenfalls begrifflich nichts anderes als das Vorliegen der Tatsache, daß der Schuldner das Zahlen eingestellt hat. In weiteren Erkenntnissen sieht es in der Nichteinlösung eines fälligen Wechsels bei einem Kaufmann (3, 190), in der Nichtbezahlung zweier Gläubiger trotz mehrfacher Mahnungen (14, 222) eine ZE. Abgesehen von einem nicht eindeutigen Urteil in 1, 18, wo es ZE annimmt, wenn der Schuldner mit dem Vorschlag eines Akkords zugleich die Erklärung abgibt, seine Gläubiger nicht zu befriedigen, geht das RG davon aus, daß die Tatsache der Zahlungsunfähigkeit durch die erwähnten Fälle zur Genüge zum Ausdruck kommt, und daher eine besondere Handlung des Schuldners nicht mehr erforderlich ist. Für die Richtigkeit dieser Beurteilung mag auch insbesondere angeführt werden, daß der Erklärung des Schuldners, er habe seine Zahlungen eingestellt oder nicht eingestellt, dann keine Bedeutung beigelegt werden kann, wenn aus seinem tatsächlichen Verhalten sich das Gegenteil ergibt. Würde es doch allzu drastische Folgen haben, wenn der Schuldner wider besseres Wissen oder in fahrlässiger Unkenntnis seiner Vermögenslage erklärt, daß er seine Zahlungen fortsetzen werde, wo anderseits die Tatsachen wie Zwangsvollstreckungen, Schließung des Geschäfts, Flucht und Wechsel-

proteste die Annahme der ZE rechtfertigen. Das RG geht sogar — mit Recht — soweit, daß es den Willen des Schuldners, nicht mehr zu zahlen, aus dem Begriff der ZE ausschließt (Jur. Woch. 1911, 490; 1919, 826) mit der natürlichen Folge, daß ZE auch entgegen dem Willen des Schuldners erfolgen kann (Jur. Woch. 1911, 490), sowie wenn der Schuldner willensunfähig (geisteskrank) ist und keinen gesetzlichen Vertreter hat (RG Gruchot 49, 116). Es genügt demnach, daß die Zahlungsunfähigkeit nach außen erkennbar in die Erscheinung getreten ist; nicht erforderlich ist, daß die ZE der Allgemeinheit bekannt geworden ist, sondern es reicht aus, daß sie für die beteiligten Geschäftskreise erkennbar war, d. h. für diejenigen Personen, mit denen der Schuldner geschäftliche Beziehungen unterhält (RGZ 51, 413/414).

Wird nun ZE auch dann vorliegen, wenn der Schuldner nicht zahlungsunfähig ist, sondern wenn die Zahlungsunfähigkeit lediglich fingiert oder vom Schuldner oder Gläubiger irrtümlich angenommen wird?

Die Beantwortung dieser Frage hängt ganz davon ab, ob dem Begriff der ZE in den §§ 239 ff. KO die gleiche Bedeutung wie in den §§ 30 und 102 Abs. 2 KO beizulegen ist oder ob er in den strafrechtlichen Bestimmungen der KO in anderem Sinne aufzufassen ist als in den rein konkursrechtlichen Bestimmungen der KO. Die ZE ist nach §§ 30 und 102 KO unbestritten die in die äußere Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit. Im Sinne des Gesetzes liegt es, daß die ZE begrifflich ihren Grund in der Zahlungsunfähigkeit hat. Bei einer nur vorgespielten oder nur vermeintlichen Zahlungsunfähigkeit liegt ZE im Sinne der §§ 30 und 102 Abs. 2 KO nicht vor. (RGZ 50, 41; 51, 143). Daraus folgt für das Konkursrecht, daß die Erklärung des Schuldners, er sei unvermögend, seine Schulden zu erfüllen, den von der Wahrheit dieser Angabe nicht überzeugter Richter keineswegs der Pflicht überhebt, die Tatsache des Unvermögens nachzuprüfen (E. Jaeger zu § 102). Danach ist rein konkursrechtlich die wirkliche Zahlungsunfähigkeit

Voraussetzung der ZE, diese also nicht möglich, wenn sie fälschlich angenommen oder fingiert ist (Mentzel 141; Jaeger 584; Wach 66). Auf die Strafbestimmungen der KO übertragen würde die das Konkursrecht unbedingt richtige Betrachtung glatt versagen, weil danach z. B. der Schuldner nicht strafbar wäre, wenn er trotz Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit dolos seine Zahlungen einstellte, um danach (bei Hinzutritt einer Bankerutthandlung) die Rechte seiner Gläubiger zu verletzen oder zu gefährden. Daß ein solcher Erfolg vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, ergibt sich bereits aus den Motiven der §§ 281 bis 283 STGB, den Vorläufern der §§ 239 ff. KO, wo es S. 131 heißt: „Die ZE, von deren Vorhandensein die Anwendung der Vorschriften des vorliegenden Abschnitts abhängt, setzt weder Vermögensunzulänglichkeit . . . noch eigentliche Zahlungsunfähigkeit voraus, obgleich letztere in der Regel die tatsächliche Ursache der ZE sein wird." Das RG verneint ausdrücklich die Gleichheit des Begriffs „ZE" in den rein konkursrechtlichen und konkursstrafrechtlichen Tatbeständen. Wohl unter dem Einfluß und in Fortführung des gesetzgeberischen Gedankens legt es schon im Jahre 1881 in E 3, 294 den Begriff der ZE bei den strafrechtlichen Bestimmungen der KO anders aus als bei ihren übrigen Vorschriften und legt seinen Standpunkt folgerichtig weiter in RGSt 14, 221 und 41, 311 in folgenden Ausführungen dar: „Der Meinung, . . . daß Zahlungsunfähigkeit und ZE in einem Falle der vorliegenden Art als gleichbedeutend anzusehen seien, kann nicht beigetreten werden. Denn mag man auch davon ausgehen, daß der Begriff der ZE bei den strafrechtlichen Bestimmungen der KO anders auszulegen ist als bei den übrigen Vorschriften derselben, . . . so muß doch auch für das rein strafrechtliche Gebiet daran festgehalten werden, daß ZE und Zahlungsunfähigkeit selbst beim Bankerutt keineswegs gleichbedeutend sind, sondern daß ZE i. S. der §§ 239 ff. KO vorliegen kann, ohne daß zugleich Zahlungsunfähigkeit vorhanden ist. Während für den Konkursrichter die ZE nur eine den Beweis der Zahlungsunfähigkeit

erübrigende Äußerung der Zahlungsunfähigkeit ist, von der nach § 102 KO die Eröffnung des Konkursverfahrens abhängt, die ZE demnach im Eröffnungsverfahren nur im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit und in Verbindung mit dieser in Betracht kommt, hat der Strafrichter bei Anwendung der §§ 239 ff. KO in betreff des Merkmals, „welche ihre Zahlungen eingestellt haben" nur auf die ZE als solche zu sehen". Auf den Grund der Nichterfüllung kommt es mithin nicht an, gleichgültig ist, ob das Nichtzahlen auf einem Nichtkönnen beruht oder auf einem Nichtwollen beruht (RGSt. 41, 313). Übereinstimmend die überwiegende Ansicht, so Olshausen 2140, Liszt-Schmidt 129, Reichart 306, Brunegg GS 82,256. Dieser überwiegend vertretenen und richtigen Auffassung stehen andere Anschauungen gegenüber. C. Jaeger 592 geht ebenfalls davon aus, daß die ZE der Natur der Sache entsprechend in dem von der KO mit diesem Begriff allgemein verbundenem Sinn zu verstehen sei, folgert jedoch daraus, daß ihre Grundlage wie in den rein konkursrechtlichen §§ 30, 102 KO auch in den Strafvorschriften auf wirklicher Zahlungsunfähigkeit beruhe. Jaeger steht dabei zweifellos unter dem Einfluß Goltdammers S. 500, der eine Schädigung der Gläubiger ohne betrügerische Verheimlichung der Aktivmasse und ohne fingierte Zahlungsunfähigkeit nur durch wirkliche Zahlungsunfähigkeit des Schuldners für denkbar hält, während für den Fall der Vorgabe der Zahlungsunfähigkeit in betrügerischer Absicht die Strafe des eigentlichen betrügerischen Bankerutts in analoger Anwendung eintrete (592). Auch Neumeyer (a. a. O.) dürfte mit C. Jaeger hierher zu rechnen sein. Jedoch führt bei ihm die folgerichtige Durchführung der Übertragung des konkursrechtlichen Begriffs der ZE auf die §§ 239 ff. KO zur Anwendung einer unhaltbaren Kausalitätstheorie. Auch Jaeger kommt auf Abwege, weil eben der Sinn des Gesetzes in den §§ 30 und 102 KO einerseits und den §§ 239 ff. KO anderseits ein ganz verschiedener ist. Zusammenfassend ist daher anzunehmen, daß die ZE lediglich als äußere Tatsache (als Formalakt) hinzunehmen ist

und daß es unangebracht ist, die zugrundeliegenden konkursrechtlichen Verhältnisse auf das Gebiet des Strafrechts zu übertragen. Zudem schließt die zeitliche Entstehung der Strafbestimmungen der KO die Übertragung des Begriffs aus, da die ehemaligen §§ 291 ff. STGB schon lange vor der KO mit dem STGB Gesetz geworden sind und bei der Entstehung der KO aus naheliegenden Gründen der äußeren Zusammengehörigkeit der KO als 3. Buch, aber ohne inneren Zusammenhang, angegliedert worden sind. Aus diesen Gründen sind die KO und die Strafbestimmungen der KO bezügl. der Auslegung des Begriffs der ZE als zwei verschiedene Gesetze zu betrachten.

Neben dem Schuldner, der seine Zahlungen e i n g e s t e l l t hat, kann nach den geltenden Strafbestimmungen des Konkursrechts auch derjenige Schuldner Täter sein, über dessen Vermögen das Konkursverfahren e r ö f f n e t ist. Unter Konkurseröffnung (KE) ist zu verstehen die durch Beschluß des zuständigen Amtsgerichts erfolgte Einleitung des gerichtlichen Verfahrens zum Zweck der gemeinsamen und im Verhältnis ihrer Forderungen erfolgenden Befriedigung der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners. Im Gegensatz zur ZE steht bei der KE unbestritten fest, daß sie nicht die Äußerung eines tatsächlichen Zustands, sondern eine Handlung ist und zwar eine Handlung des Richters. Für die Frage der Strafbarkeit der Bankerutthandlung bei erfolgter KE ist maßgebend der Zeitpunkt der Eröffnung, ohne Rücksicht darauf, ob das Verfahren durchgeführt oder mit Zustimmung aller Gläubiger (§ 202 KO) oder mangels Masse (§ 204 KO) eingestellt wird. Strafrechtlich relevant ist nur die auf Beschwerde ausgesprochene Aufhebung des Beschlusses, weil das Verfahren in diesem Fall nicht als eröffnet gilt. Im Gegensatz zur ZE, deren Voraussetzung der Strafrichter selbständig zu prüfen hat, steht dem Strafrichter die Prüfung der Rechtsmäßigkeit des Beschlusses nicht zu (RG 26,37). Die zu Unrecht erfolgte KE ist daher strafrechtlich unerheblich. Theorie und Praxis sind einstimmig dieser Ansicht. Die Folge ist

natürlich, daß die irrige Annahme der Konkursvoraussetzungen durch den Zivilrichter im Strafverfahren nicht angefochten werden kann.

II

Die strafrechtliche Verfolgung der einzelnen Bankerutthandlungen ist, wie oben dargelegt, nur zulässig, sobald die Tatsache der Zahlungseinstellung oder der Umstand der Konkurseröffnung hinzugetreten ist. Sehr bestritten aber und für die aus ihrer Beantwortung zu entnehmenden Folgerungen für die Fragen des Allgemeinen Teils des STGB (Ort und Zeit der Handlung, Verjährung, Versuch, Teilnahme, Konkurrenz) von besonderer Wichtigkeit aber ist die strafrechtliche Bedeutung, die der ZE oder KE für den Tatbestand des strafbaren Bankerutts zukommt, ob sie eine Vorfrage für die Strafbarkeit des Bankerutts als objektive Strafbarkeitsbedingung oder als Tatbestandmerkmal selbst anzusehen ist.

Folgende Übersicht möge das Mosaikbild der Meinungen zeigen: Im wesentlichen treten zwei Hauptgruppen mit verschiedenen Formulierungen bei der Behandlung dieser Frage hervor, denen sich einige Zwischenmeinungen anschließen.

Als Bedingung der Strafbarkeit erachten die ZE oder KE: Liszt 280, Gerland 491, Wachenfeld 430, Beling, Grundzüge 75, Binding 429 (jedoch nur bei Priorität der Bankerutthandlung), Hegler, Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie 10, 35 und Z. Str. W. 36, 226, Lindenberg bei Stenglein I 763 u. A. Diese Schriftsteller zählen die Strafbestimmungen der §§ 239 ff. KO zu der Reihe von Fällen im STGB, in denen der Gesetzgeber den Eintritt der Strafe abhängig gemacht hat von dem Vorliegen äußerer, von der tatbestandsmäßigen Handlung selbst unabhängiger, zu ihr hinzutretender Umstände, die sog. Bedingungen der Strafbarkeit, die mit der verbrecherischen Handlung nichts zu tun haben, wie z. B. in den §§ 139, 170, 172, 210, 227 STGB.

Die Handlung selbst ist in diesen Strafbestimmungen nach allen Seiten abgeschlossen, nur verzichtet der Gesetzgeber bei Fehlen

eines weiteren, von ihm aufgestellten Umstandes auf die Durchführung seines Strafanspruchs, der bereits zu Recht besteht. Daraus folgt, daß sich die sog. Bedingung der Strafbarkeit allgemein umschreiben läßt als ein objektiver Umstand, der abseits von der Sache liegt.

Die Gegner dieser Ansicht, die nach Frank (§ 239) vom rein technischen Standpunkt aus nicht zu widerlegen sein soll, bestreiten die Gleichstellungsmöglichkeit der Strafbarkeitsbedingungen der ZE und KE mit den angeführten andern Stellen des STGB. Sie gehen davon aus, daß man von Bedingung der Strafbarkeit im Gegensatz zum Begriffe des Tatbestandsmerkmals nur dort spreche, wo durch die fragliche Tatsache lediglich die Strafverfolgung bedingt werde, die im STGB durchweg durch Bedingungssätze ausgedrückt werde, während die Worte „ZE und KE" in den §§ 239 ff. KO in einen Relativsatz eingekleidet seien. Ebenso sehr haftet an Äußerlichkeiten der weitere Ablehnungsgrund für diese Ansicht, die den Ausdruck Bankerutt, nachdem das ganze Delikt benannt ist, nur dann verständlich finden, wenn der Bankerutt selbst zum Tatbestand gehöre.

Diese Argumente führen die Vertreter der Auffassung an, die in ZE und KE Tatbestandsmerkmale sehen:

Finger GA 50, 32, Hälschner GA 18, 671, Kleinfeller GS 43, Petersen-Kleinfeller 681, Meves GS 36, 383, Neumeyer 128, Schmidt 131, Weber GS 65, 81, Berner 611, Brunegg GS 82, 269, Babo 20/31 und Oetker GS 64, 75 mit der Ausführung, die ZE und KE können „in dem Sinne Tatbestandmerkmal genannt werden als die eine oder andere Tatsache die Tauglichkeit des Verbrechensubjekts ergibt"; er betrachtet ZE und KE als „Tatbestandsmerkmale von nur objektiver Bedeutung, nicht umfaßt vom Erfordernis des Verschuldens". Brunegg z. B. rechtfertigt seinen Standpunkt damit, daß das den Bankeruttdelikten eigentliche Rechtsgut (Gläubigerrechte) wie dessen Rechtssubjekt (Gläubiger) erst durch die KE oder (auf dem Wege der Analogie mittelst einer Fiktion) durch

die ZE in's Dasein gerufen werden. Die KE (ZE) verhalte sich zum Rechtsgut und dessen Subjekt wie die Ursache zur Wirkung. Sei daher die Wirkung wesentlicher Bestandteil des Tatbestandes, so müsse es auch die Ursache sein, denn Ursache und Wirkung seien nur zwei Seiten derselben Tatsache. Daraus folgert er, daß ZE und KE Teil der Handlung und somit Tatbestandsmerkmale seien, und damit ordneten sie sich organisch in den Tatbestand ein. Zu diesem Ergebnis kommt Kleinfeller auch von der Betrachtung der rechtlichen Natur des Bankerutts als Gefährdungsdelikt aus. Der Tatbestand, in welchem das Gesetz die Gefährdung erblicke, ist aber nach seiner Ansicht erfüllt erst dann, wenn auch eines der beiden Ereignisse eingetreten ist, welche den Bankerutt äußerlich erkennbar machen. Da das Wesen des Bankerutts in der Gefährdung der Gläubigerrechte bestehe, so müßten alle Umstände, welche die Gefährdung begründen, Tatbestandsmerkmale sein. Neumeyer nennt die ZE ebenfalls ein Tatbestandsmerkmal, wenn auch ein „abgestandenes Merkmal". Diese Auffassung Neumeyer's dürfte aber im Widerspruch zu seinen übrigen Ausführungen stehen, denn das „abgestandene Tatbestandsmerkmal" ergänzt er unter Zuhilfenahme von Präsumtionen wieder zum Erfolg als dem wichtigsten Tatbestandsmerkmal. Babo weiß für seine Begründung lediglich die Einkleidung der Gesetzesworte „ZE und KE" in Relativsätze, statt in Bedingungssätze, anzuführen. Das RG hat sich in der Beurteilung der rechtlichen Natur der ZE und KE — namentlich in der Frage, ob und inwieweit sie als Tatbestandsmerkmale oder als Voraussetzungen oder Bedingungen für die Strafbarkeit der Bankerutthandlungen zu gelten haben — nicht durchweg von gleichmäßigen Anschauungen leiten lassen. In den älteren Entscheidungen 3, 350; 5, 285; 6, 95; 7, 392; 11, 386; 13, 41; 16, 188; 224, 36; 27, 318; 29, 222; 34, 239 erklärt es ZE und KE zu Tatbestandsmerkmalen, zu Elementen der Handlung, nicht als Voraussetzungen oder obj. Bedingung der Strafbarkeit, da die Bankerutthandlungen allein den Tatbestand des Bankerutts nicht

erfüllten; der Tatbestand sei vielmehr nur dann erfüllt, wenn daneben noch eine der beiden Tatsachen eingetreten sei. „Erst wenn diese beiden Momente (ZE oder KE und Bankerutthandlung) zusammentreffen, ist der Tatbestand gegeben; jedes einzelne der fraglichen Momente ist straflos." Die neuere Rechtsprechung neigt jedoch der Theorie der Strafbarkeitsbedingung zu. RGST 45, 96 führt aus: „Die Strafbarkeit des einfachen Bankerutts (Anm.: das gilt in gleicher Weise für den betrügerischen) ist nach § 210 (240) KO bedingt außer dem Vorhandensein der . . . daselbst aufgeführten Tatbestandsmerkmale durch ZE oder KE; ZE und KE kommen lediglich als äußere Tatsache in Betracht und liegen gänzlich außerhalb des inneren Tatbestands." Gehören demnach ZE und KE nicht zu denjenigen Tatbestandsmerkmalen, für welche die Willenstätigkeit des Schuldners von rechtlicher Bedeutung ist, so können sie infolgedessen auch nicht zum Tatbestand gehören (§ 59 STGB). Die Entscheidung in Band 45 läßt allerdings — als Übergangsstadium — noch nicht klar erkennen, worin der begriffliche Unterschied zwischen dem dort vertretenem Standpunkt gegenüber der Bedingung der Strafbarkeit liegt. Jedoch erhellt aus den (nicht amtlich veröffentlichten) Entscheidungen in LZ 8, 1861 und in GA 47, 161, daß sich das RG zu einer klareren Auffassung der ZE und KE als Bedingung der Strafbarkeit durchgerungen hat. (Siehe auch Feisenberger ZSTW 38, 265). Unzweideutig sagt der erkennende Senat in diesen Entscheidungen, daß sich der Vorsatz nicht auf die in § 240 KO als Bedingung der Strafbarkeit aufgestellte Tatsache der ZE (KE) zu erstrecken habe. Es überrascht deshalb nicht, wenn in „Höchstrichterliche Rechtsprechung 1930 Nr. 1702" die ZE und KE als „äußere Tatsache" und ebenda 1932 Nr. 1908 (Entscheidung vom 21. 6. 32) ausdrücklich als Strafbarkeitsbedingungen bezeichnet werden.

Schwebend in der Meinung zwischen Tatbestandmerkmal und Strafbarkeitsbedingung sind Merkel (Holtz. Handb. III 819 und Lehrb. 333) und Meyer 736 und 739. Auch Wach ist in seiner

Ausdrucksweise wenig bestimmt. In seiner grundlegenden Abhandlung in „Vergleichende Darstellung Bd. 8 S. 67 ff" behandelt er das Wesen der ZE und KE. Zunächst nennt er die ZE ein Symptom der Zahlungsunfähigkeit, des eigentlichen Konkursgrundes, der bei erfolgter ZE anzunehmen sei. Aus der weiteren Darstellung geht hervor, daß er die ZE als „Tätereigenschaft" betrachtet, da der Hinweis auf ZE oder KE nur zur Charakterisierung des möglichen Subjekts diene, während er schließlich diese Tatsachen auch als „Elemente des Tatbestands" bezeichnet. Diese Darstellung, die eine Betrachtung des Problems von verschiedener Seite ist, hat wegen ihrer Unklarheit schon dazu Anlaß gegeben, Wach unter die Anhänger der Theorie des Tatbestandsmerkmals einzureihen (so von Brunegg 273). Gleichwohl wird mit Frank anzunehmen sein, daß Wach ZE und KE als Strafbarkeitsbedingungen betrachtet, zumal er das Bankeruttdelikt nur in der Bankerutthandlung sieht und daher ausführt, daß die vollendete Bankerutthandlung nur „unter der Voraussetzung des eintretenden Bankbruchs" zu bestrafen sei. Binding (I, 428) hält die Formulierung der Gegensätze Strafbarkeitsbedingung oder Tatbestandsmerkmal nicht für glücklich, weil beide Ansichten, jedoch jede nur zu einem Teile, berechtigt sei; er kommt in längeren Ausführungen zu dem Ergebnis, daß ZE und KE lediglich zur Kennzeichnung der Subjekte diene, deren Bankerutthandlungen bestraft werden sollen, ebenso wie die Betonung der Beamteneigenschaft des Täters bei den Amtsverbrechen — freilich mit einem Unterschiede: Die Beamteneigenschaft muß z. Z. des Amtsdelikts vorliegen, die Falliteneigenschaft kann der Bankerutthandlung nachhinken. Trotz anderer Formulierung kommt jedoch Binding schließlich doch zu dem Ergebnis, die ZE und KE für Strafbarkeitsbedingungen zu erklären. Die genannten Schriftsteller fassen die Ereignisse der ZE und KE lediglich als Charakterisierung des Subjekts auf, wobei die Eigenschaft des Täters vor oder nach der Bankerutthandlung begründet werden kann. Da nun die Eigenschaft des Täters nach der Auslegung dieser Schriftsteller außer-

halb der Handlung liegt, so ist sie eben nicht Bestandteil der Handlung und bleibt außerhalb der eigentlichen Handlung als zufällige, für die Bestrafung notwendige Begleiterscheinung und kann demnach nichts anderes als objektive Strafbarkeitsbedingung sein. Eine Reihe von Schriftstellern sieht in ZE und KE ein Symptom und unterscheidet hier wieder zwischen Anzeichen für Zahlungsunfähigkeit, Schuld, ursächlichen Zusammenhang und für eine Gläubigerbenachteiligung. So erklärt Reichart 115, ZE und KE seien weder Tatbestandsmerkmale noch bloße Strafbarkeitsbedingungen, sondern Merkmale, Anzeichen des eigentlichen vorausgesetzten Tatbestandsmerkmals der Zahlungsunfähigkeit. Aus § 102 Abs. 2 KO: „Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn ZE erfolgt ist", ebenso aus den Motiven (2. Entw. 460), die bemerken, daß den sonstigen Merkmalen einer Zahlungsunfähigkeit die bezeichnende Erkennbarkeit fehle, um die Handlung mit Strafe belegen zu können, schließt er, daß die ZE das Hauptmerkmal der Zahlungsunfähigkeit ist. Daher seien ZE (KE) weder Tatbestandsmerkmale noch bloße Bedingungen der Strafbarkeit, sondern eine Vermutung dafür, daß die Zahlungsunfähigkeit vorliege. Ähnlicher Ansicht ist Frank (zu § 239), der die Symptomtheorie verficht: der Gesetzgeber verbiete die Gefährdung oder Benachteiligung der Gläubiger durch die Bankerutthandlungen, wobei ihm der Nachweis der Gefährdung im einzelnen Falle fern liege; vielmehr verlange er Bejahung der Benachteiligung oder Gefährdung ohne weiteres dann, wenn ZE oder KE stattgefunden habe. Danach haben also diese Umstände die Bedeutung eines Symptoms für die Benachteiligung oder Gefährdung der Gläubiger. Auch Helfferich 34 geht in der Richtung Frank, jedoch leugnet er die Unwiderlegbarkeit der Präsumtion. — Hegler a. a. O. zählt ZE und KE zu den Strafbarkeitsbedingungen, kommt aber in der Begründung Frank sehr nahe, indem er die beiden Umstände ebenfalls als Symptom betrachtet dafür, daß es sich um eine „ernste Angelegenheit" handle.

Diesen Symptomtheorien, die Vermutungen nach sehr verschiedenen Richtungen aufstellen, stehen aber wohl Bedenken gegenüber, da sie eine Vermutung begründen, die im einzelnen Falle richtig oder falsch sein kann.

Schließlich sei noch die abzulehnende, in ihrer schroffen Form in der Literatur alleinstehende Ansicht C. Jaeger's (zu § 239) erwähnt, der die Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung zum eigentlichen Bankeruttdelikt erklärt, während ihre Strafbarkeit aber durch das Vorliegen der Bankerutthandlung bedingt sei, weil erst diese die ZE (KE) als eine verschuldete erscheinen lasse. Zur Begründung seiner Ansicht führt Jaeger 937 aus, die Bankerutthandlung, eine an und für sich nicht strafbare Einwirkung auf den eigenen Vermögensstand, könne schon vor Eintritt des Bankeruttwerdens (Fallissements) vorliegen und sei dann bis zu diesem straflos; eine strafbare Handlung könne aber durch ein nachfolgendes Ereignis nicht strafbar werden, daher müsse dieses sich auch als das eigentliche Delikt darstellen. Er übersieht dabei, daß, da auch das Bankeruttwerden an sich nichts Verbrecherisches ist, da es ebenfalls der Bankerutthandlung vorhergehen kann, sein Argument also seine eigene Ansicht widerlegen würde. Gegen seine Ansicht spricht die ganze geschichtliche Entwicklung, die ergibt, daß auch früher nicht das heutige Fallissement bestraft wurde, sondern nur der Betrug bei dem Bankeruttwerden oder die Vereitelung der Zwangsvollstreckung durch die Flucht. Auch die Ähnlichkeit zwischen den Delikten des Bankerutts und der Vereitelung der Zwangsvollstreckung beweist, daß, wie hier der Versuch, die Befriedigung eines einzelnen Gläubigers durch Veräußerung oder Beiseiteschaffung von Vermögensstücken zu vereiteln, so bei dem Bankerutt der Versuch, die Befriedigung aller Gläubiger durch eine Bankerutthandlung zu vereiteln, das eigentliche Delikt ist. Anklänge an die Meinung Jaeger's finden sich bei Hälschner (Lehrb. 408 u. GA 18, 671) insofern, als er ebenfalls in der ZE und KE das strafbare Moment des Bankerutts erblickt. Da er je-

doch andererseits die Bankerutthandlungen zum Tatbestand rechnet, und nicht, wie Jaeger in ihnen außerhalb des Bankerutts liegende Umstände sieht, so ist er doch anderer Ansicht als Jaeger. ZE und KE können als deliktische Handlungen auch deshalb nicht in Betracht kommen, weil sie nach dem Gesetz nicht schuldhaft eingetreten zu sein brauchen (die KE erfolgt vielmehr sehr häufig ohne Zutun, ja wider Willen des Schuldners). Wie Jaeger annimmt, wird vom Gesetz ein Verschulden auch nicht vermutet. Von einer Schuld kann aber nur in Bezug auf die Bankerutthandlungen gesprochen werden, die allein deliktischen Charakter tragen. Gegen Jaeger's Ansicht spricht vor allem auch die Überlegung, wie er sich zu der Frage des Versuchs stellt. Er leugnet zufolge seiner Auffassung einen strafbaren Versuch des betrügerischen Bankerutts gänzlich, was in der Praxis zu großen Unbilligkeiten führen würde (s. unten). Nur kurz sei erwähnt, daß auch das RG nicht immer frei von dieser Auffassung war, wie die Urteile in RG Rechtspr. 5, 52/53 und ebenda 9, 445 zeigen. Diese Rechtsprechung ist aber endgültig überholt.

Zusammenfassend hält diese Arbeit die Ansicht für richtig, die ZE und KE als objektive Bedingungen der Strafbarkeit betrachtet, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Die Motive zum STGB (134) und zur KO (460) geben die Auffassung des Gesetzgebers dahin wieder, daß die ZE und KE als Umstand aufgefaßt wird, „von dessen Vorhandensein die Anwendung der Vorschriften des vorliegenden Abschnitts abhängt, die Strafbarkeit also davon abhängig ist, daß das Konkursverfahren eröffnet war oder Zahlungseinstellung erfolgt ist".

2. Dem rein zufälligen grammatikalischen Ausdruck „Bankrott", wie das Gesetz ihn gebraucht, kommt eine gewichtige Bedeutung für die wissenschaftliche Beurteilung der Stellen nicht zu. Mit Recht weist Brunegg (selbst als Vertreter der Theorie des Tatbestandsmerkmals) darauf hin, daß bei den meisten Tatbeständen des betrügerischen Bankerutts von Betrug keine Rede sein könne, ob-

wohl man das mit gleichem Recht schließen müßte. Wenn zudem ein Täter wegen eines so oder so genannten Verbrechens bestraft wird, so wird das Gesetz mit seiner Benennung entweder die verbrecherische Handlung oder den verbrecherischen Erfolg bezeichnen. ZE und KE sind aber weder das eine noch das andere, so daß sich die Bezeichnung „Bankerutt" gar nicht auf sie beziehen kann.

3. In § 244 KO nennt das Gesetz selbst — nach der Stellungnahme der Entwürfe zu erwarten — ganz einwandfrei und ausdrücklich die Bankerutthandlungen „die mit Strafe bedrohten Handlungen", während es wie in §§ 239 ff. die ZE und KE als äußeren Umstand daneben treten läßt.

4. Dem Argument, daß ZE und KE im Gesetz in einen Relativsatz eingekleidet sind, während das Gesetz in ähnlich gelagerten Fällen die Bedingung auch äußerlich im Bedingungssatz kenntlich mache und deshalb die beiden Umstände keine Bedingungen im strafrechtlichen Sinne sein könnten (von Babo a. a. O), wird die Frage entgegen gehalten, ob wohl bei dieser Wortspalterei folgerichtig die im Gesetz mit dem Bedingungssatze „wenn . . ." eingeleitenden Bankerutthandlungen (wie demnach zu erwarten wäre) ebenso wie von Jaeger zu Bedingungen der Strafbarkeit erklärt werden? Das geschieht aber nicht.

5. Nimmt man mit Liszt (a. a. O) und mit dem RG an, daß unter Tatbestandsmerkmal nur die Merkmale der schuldhaften Handlung zu verstehen sind, so dürften bei der jetzt in Theorie und Praxis herrschenden Übereinstimmung, daß zwischen ZE (KE) und Bankerutthandlungen weder ursächlicher Zusammenhang (siehe unten) noch der Nachweis verlangt wird, daß sie vom Verschulden des Täters umfaßt gewesen sei (s. unten) keine Bedenken bestehen, daß danach ZE und KE nicht zu den erforderlichen Merkmalen des Delikts zu rechnen sind, wenn auch zuzugeben ist, daß die Willensseite nicht allein es ist, die sie grundsätzlich scheidet.

6. Von einigen Schriftstellern, so von Meves 383 und besonders von Kleinfeller a. a. O. ist geltend gemacht worden, daß die ZE

und KE eine Gefährdung der Befriedigung der Gläubiger enthielten und deshalb Tatbestandsmerkmale seien, weil eben diese Gefährdung das Wesen des Bankerutts ausmache. Aber selbst angenommen, diese Voraussetzung wäre richtig, so kann dieser Schluß doch nicht gezogen werden. Er wäre nur richtig, wenn zugleich gefordert würde, daß der Täter die Gefährdungstatsachen (wenn auch nur als Vermutung) in sein Wissen und in seinen Willen aufgenommen haben müßte. Sieht man aber, wie das auch die genannten Schriftsteller tun, von diesen Erfordernissen ab, so bleiben ZE und KE aufgefaßt als Momente, welche die Gefährdung vergrößern, als außerhalb des Verbrechens stehende Ereignisse, und so müßte gerade der umgekehrte Schluß gezogen werden, daß sie bloße Bedingungen der Strafbarkeit sind.

Die hier vertretene Ansicht darf, nachdem auch das Reichsgericht einen klareren Standpunkt eingenommen hat, wohl als die herrschende und, wie sich unten bei den Fragen des Allgemeinen Teils des STGB und bei den Folgerungen sich ergeben wird, auch praktisch als befriedigende Lösung bezeichnet werden.

Das Verhältnis der Bankerutthandlungen zur Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung

Gegenstand der Strafdrohung bei den Bankeruttdelikten sind, wie oben ausgeführt, nicht die ZE oder KE, sondern die Bankerutthandlungen allein; — ihr notwendiges Zusammenwirken ist oben dargelegt —; es frägt sich nur, ob Strafdrohung für den Fall vorgesehen ist, daß ZE oder KE durch eine solche Handlung herbeigeführt wurde.

Die ZE oder KE kann zwar das beabsichtigte oder doch verschuldete Tun oder Unterlassen sein, welches in den einzelnen Ziffern der §§ 239 ff KO bezeichnet ist; keineswegs aber ist dies notwendig und in manchen Fällen ist sogar die Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs ganz ausgeschlossen. Insbesondere ist die Anwendbarkeit des § 240 KO nicht dadurch bedingt, daß die einzelnen Tätigkeiten oder Unterlassungen durch die auf die ZE (KE) gerichtete Absicht bestimmt waren, oder daß sie, sei es auch nur als mitwirkende Ursache, eine der beiden Tatsachen herbeigeführt haben. So sind z. B. die Strafbestimmungen der KO auf denjenigen anwendbar, der, ohne ZE oder KE irgendwie zu beabsichtigen, für den Fall, daß dieser Erfolg aus einer anderen Ursache eintreten würde, Teile des Vermögens zum Nachteile der Gläubiger in Sicherheit bringen will und hierzu die genannten Mittel anwendet, dann aber durch irgend einen anderen Anlaß (Unglück) in wirklichen Vermögensverfall gerät und lediglich infolge dieses späteren Ereignisses seine Zahlungen einstellt.

Die Annahme eines Kausalzusammenhangs zwischen den beiden Ereignissen und der Bankerutthandlung läßt schon der klare Wortlaut des Gesetzes nicht zu. Insbesondere wird auch die Annahme einer gesetzlichen Vermutung durch den Wortlaut des Gesetzes nicht begründet. Die geschichtliche Entwicklung der Bankeruttdelikte hat allerdings unter dem Einfluß einer solchen Auffassung

gestanden, jedoch hat sich Seeger (GA 20, 143) schon zu Zeiten, in denen die Bankeruttdelikte noch Bestandteil des STGB waren (1872), das Verdienst erworben, eine solche Vermutung als vom Gesetz nicht aufgestellt zu kennzeichnen und zu verwerfen; unter seinem Einfluß hat auch Hälschner a. a. O. den Kausalzusammenhang verneint. Allerdings versucht Neumeyer 129 ff. — für den einfachen Bankerutt — das Erfordernis des Kausalzusammenhangs aufzubringen, indem er darauf hinweist, daß der einfache Bankerutt „als schuldhafte Verursachung der Zahlungsunfähigkeit" entstanden und ihm in einem geschichtlichen Zeitraum von fast vier Jahrhunderten in der Literatur nicht ein Fall bekannt geworden sei, in welchem von dem Erfordernis eines Ursachenzusammenhangs zwischen Bankerutthandlung und ZE (KE) abgesehen worden wäre. Neumeyer verlangt allerdings nicht das tatsächliche Vorhandensein des Kausalzusammenhangs, sondern begnügt sich mit der Vermutung und läßt im einzelnen Fall den Gegenbeweis offen, daß der ursächliche Zusammenhang unmöglich sei. Bei dieser Annahme müßte aber doch das Gesetz die Zulässigkeit des Gegenbeweises ausdrücklich erwähnen! Der klare Wortlaut des Gesetzes läßt eben eine solche Vermutung nicht zu.

Wie auch Oetker GS 64, 76 betont, kann der Meinung eines vom Gesetz präsumierten Kausalzusammenhangs nicht beigestimmt werden, weil im Regelfalle die Bankerutthandlung erst dann begangen wird, „wenn die Katastrophe schon unabwendbar bevorsteht". Es erscheint auch z. B. als unmöglich, durch die Verheimlichung oder Vernichtung von Handelsbüchern oder durch Unterlassung oder verspätete Bilanzziehung die ZE oder KE herbeizuführen, auch wäre die Vermutung nur in den Fällen zulässig und von Wert, in denen die Bankerutthandlung der ZE oder KE vorhergeht, während die Ansicht in den häufigen Fällen versagen muß, wenn ZE oder KE der Bankerutthandlung vorausgeht. Für den betrügerischen Bankerutt schließt sich Neumeyer a. a. O. dagegen der durchaus herrschenden Meinung an, wonach ein Kausalzusammenhang weder verlangt noch vermutet wird.

Die Rechtsentwicklung hat die Bankeruttdelikte von der Annahme der Kausalität freigemacht, wohl unter dem Einfluß der Erkenntnis, daß der Nachweis im konkreten Falle schwierig und oft unerbringlich sein dürfte. So hat das RG meist den ursächlichen Zusammenhang verneint, und in seltener Einmütigkeit sind die Theoretiker überwiegend derselben Ansicht.

Auch eine bestimmte zeitliche Reihenfolge der Ereignisse wird allgemein nicht verlangt, insbesondere weist das RG in R 10, 451 darauf hin, daß die Meinung, die Bankerutthandlungen müßten der ZE oder KE vorausgegangen sein, nicht darauf gestützt werden dürfe, daß sich das Gesetz der Worte bediene, Schuldner, welche diese Handlungen begangen „haben". Denn diese Worte nehmen nicht ausschließlich auf eine vor der ZE oder KE liegende Vergangenheit Bezug. Aus dem Charakter der einzelnen Bankeruttthandlungen ergibt sich, daß zwar tatsächlich bei einigen Handlungen eine Begehung nach der ZE oder KE kaum denkbar ist, wie ein Verbrauch oder Schuldigwerden übermäßiger Summen im Sinn § 240 Ziff. I und noch mehr das Vergehen gegen Ziffer II, das gerade die Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, voraussetzt. Ferner ist nach der Rechtssprechung des RG (R 3,51) in § 240 KO in betreff der unterlassenen Bilanzziehung vorausgesetzt, daß sie der ZE (KE) vorausgegangen ist. Wenn der Schuldner demnach erst nach der ZE (bei KE wegen Siegelns der Bücher nicht denkbar) die Bilanzziehung unterläßt, so ist die Handlungsweise straflos.

Aus der Verneinung des ursächlichen Zusammenhangs und aus der grundsätzlich zeitlichen Ungebundenheit der Ereignisse darf jedoch nicht gefolgert werden, daß sie ohne jedes bindende Moment und ohne die geringste Berührung nebeneinandergestellt sind. Um zweifellosen Unbilligkeiten, die hierdurch bedingt sein würden, zu begegnen, und um eine Grenze zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit festzulegen, hat die Rechtslehre versucht, ein zusammenfassendes Moment zu schaffen. So wird nun die Notwendigkeit

verlangt, daß die Bankerutthandlungen mit ZE oder KE in gewissen tatsächlichen und persönlichen Beziehungen stehen müssen. Ein tatsächlicher Zusammenhang ist in der Weise erforderlich, daß sich die Bankerutthandlungen auf dieselbe ZE oder KE beziehen müssen und zwar auf die Vermögenslage, die zur ZE oder KE geführt hat oder nachträglich hierzu führt. Die beiden Umstände bilden einen Abschluß, sodaß Bankerutthandlungen, die z. B. vor einem früheren Konkurs begangen waren, nicht auf einen späteren bezogen werden können. Daraus folgt, daß die Strafbarkeit entfällt, wenn eine solche Beziehung fehlt; so hat das RG in RGST 55, 30 die nötige Berührung verneint, wenn der Schuldner z. B. das verspielte Geld erst nach der Eröffnung des Konkurses, nämlich durch Veräußerung von Sachen, die er erst während des Konkurses gestohlen hatte, erworben hat, sodaß der Gegenstand gem. § 1 KO nicht zur Masse gehörte; die Beziehung fehlt ebenfalls, wenn der Schuldner seine Handelsbücher nach vollständiger Beendigung des Konkursverfahrens vernichtet, es sei denn, daß die Gläubiger keine vollständige Befriedigung gefunden haben.

Eine sachliche und persönliche Beziehung ist in dem Sinne zu verlangen, daß dieselben Gläubiger, die durch die Bankerutthandlung benachteiligt werden können, auch durch ZE oder KE benachteiligt werden. Das Erfordernis der mindestens teilweisen Identität der Gläubiger, zu deren Ungunsten gehandelt wurde, mit den Konkursgläubigern ist von Binding 1, 435 aufgestellt worden. Neumeyer 139 verlangt Gleichheit der durch die Zahlungsunfähigkeit verletzten und durch die Bankerutthandlungen bedrohten Forderungen. Während dieser demnach die Gleichheit der Schulden verlangt, stellt Reichart 265 scheinbar auf ein anderes Merkmal ab, er setzt an deren Stelle die Gleichheit der Zahlungsunfähigkeit — genau betrachtet dieselbe Ansicht wie Neumeyer.

Zusammenfassend interessant ist die Stellungnahme des RG zum Problem des Kausalzusammenhangs und der nötigen Berührungsmomente. Einige ältere Entscheidungen (1, 282; 4, 419; 9, 135; 14, 222)

stehen noch unter dem Einfluß der geschichtlichen Auffassung und stellen, wie Neumeyer, eine Fiktion, eine Vermutung für den Kausalzusammenhang auf, nehmen aber gleichfalls Abstand von einem Nachweis. Diese Ansicht verblaßte jedoch langsam und gab der Verneinung des Zusammenhanges Raum; auf diesem Boden steht das RG (mit einer Ausnahme in RGST) in der heutigen Rechtsprechung. Im übrigen hat das RG in einigen wichtigen Entscheidungen die zur Strafbarkeit erforderliche Beziehung negativ umschrieben: Nach RGST 26, 387 ist eine Benachteiligung derselben Personen nicht gegeben, wenn die Gläubiger, die bei Vornahme der früheren Bankerutthandlung vorhanden waren, bei Eintritt der späteren ZE oder KE voll befriedigt sind; wenn der Mangel der Buchführung vor ZE oder KE wieder beseitigt ist 5, 415. Positiv genügt der Umstand, daß der Schuldner sein Gewerbe als Vollkaufmann vor ZE oder KE aufgegeben hat, oder daß ein Gesellschafter aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschieden ist zum Ausschluß des § 239 Ziff. 3 u. 4 KO dann, wenn die der späteren ZE oder KE zugrundeliegenden Schulden nicht aus der Zeit seiner Tätigkeit als Vollkaufmann bezw. aus der Zeit seines Gesellschaftsverhältnisses stammen, RGST 26, 385; 35, 83.

Während das RG in diesen angeführten Entscheidungen und in einer Reihe weiterer Erkenntnisse nur eine objektive Beziehung verlangt, hat es in RGST 27, 319 einen eigenartig abweichenden Standpunkt dahin eingenommen, daß neben der jederzeit verlangten objektiven Beziehung auch „die Erkenntnis, daß solche Beziehung bestehe, ein Element des Vorsatzes bilde, also ein Handeln in dem Bewußtsein vorliegen müsse, daß der Bankerutthandlung eine ZE (KE) vorangegangen sei, oder in einem Zeitpunkt, der jene Beziehung noch zuläßt, nachfolgen werde". Ein anderer Senat tritt jedoch dieser Auffassung in RGST 45, 91 scharf entgegen, der damit aus drohender Rechtsunsicherheit wieder auf die Bahn eines nur objektiv verlangten tatsächlichen Zusammenhangs zurückführt.

Die Bankerutthandlungen

Wir haben im Verlauf der Arbeit festgestellt, daß ZE und KE Bedingungen der Strafbarkeit sind. Die eigentlichen Bankeruttdelikte, deren Bestrafung durch das Vorliegen oder Hinzutreten einer der beiden Bedingungen ausgelöst wird, hat der Gesetzgeber in einer katalogartigen Aufzählung in den §§ 239, 240 u. 241 KO festgelegt. Zwar sind diese Handlungen grundsätzlich nicht verboten; sie erhalten aber den Charakter rechtswidriger Handlungen in Verbindung mit den Bedingungen der ZE oder KE. Der Kreis der Bankerutthandlungen ist vom Gesetz geschlossen; die analoge Ausdehnung auf ähnliche Tatbestände ist dadurch de lege lata unmöglich. Der Tatbestand des

I. Betrügerischen Bankerutts (§ 239 KO)

enthält vier Gruppen von Bankerutthandlungen.

1. Verheimlichen oder Beiseiteschaffen von Vermögensstücken. Vermögensstück i. S. dieser Bestimmung ist alles, was rechtlich zur Konkursmasse gehört (RG 66, 153). Das sind Bestandteile des Aktiv-Vermögens jeder Art, bewegliche und unbewegliche Sachen, obligatorische und dingliche Rechte. So ist z. B. der konkursrechtliche Anfechtungsanspruch ein Vermögensstück, von dem der Gemeinschuldner dem Konkursverwalter nach § 100 KO Mitteilung machen muß (RGST 66, 153). Es kann sich selbstverständlich nur um materielle Werte, nicht um ideelles Gut handeln und weiter nur um Vermögenswerte, die auch tatsächlich zur Verwertung für die Gläubiger bereitzustellen waren, also um Vermögensstücke, die nach § 1 KO zur Konkursmasse gehören. Nicht inbegriffen sind sonach Vermögensstücke, die erst nach ZE oder KE erworben werden, sowie die Competenzstücke nach § 811 ZPO und die pfändungsfreien Forderungen nach § 850 ZPO (unter Berücksichtigung der Vollstreckungsschutzverordnungen). Straflos hat deshalb der Schuldner zu bleiben, der Gegenstände entzieht, die am Tage der

Eröffnung nicht zur Konkursmasse gehörten oder kraft Gesetzes der Pfändung überhaupt entzogen sind.

Der Schuldner v e r h e i m l i c h t, wenn er, wie der Sprachgebrauch zeigt, darauf ausgeht, Anderen ein klares Bild über seine Verhältnisse nicht bloß zu trüben, sondern von vornherein zu verhindern. Das RG (64, 140) versteht unter „Verheimlichen" i. S. des § 239 KO jede Veranstaltung, durch die das Vorhandensein oder die Zugehörigkeit eines Vermögensstücks zur Masse, das der Vollstreckung unterliegt, der Kenntnis des Verwalters, der Gläubiger oder des Vollstreckungsbeamten und dadurch dem Zugriff entzogen wird. Das Verheimlichen ist (was dem Begriff im ganzen Strafrecht entspricht) nicht bloß als ein Verschweigen zu betrachten, sondern als ein positives Tun, das Olshausen zu STGB § 259 einmal zutreffend mit „Verhindern des Wissens" bezeichnet hat. Dieses Tun (dessen Ausführung übrigens selbst nicht heimlich zu sein braucht) erfüllt den Tatbestand, wenn es die Einbeziehung und die Aufnahme in die Konkursmasse und damit die Ausschüttung an die Gläubiger verhindern soll oder auch nur vorübergehend verhindert; ob ein bloßes Ableugnen genügt, ist bestritten; da aber das Leugnen selbst ein positives Tun ist, so wird wohl auch diese Tätigkeit unter den Begriff des Verheimlichens zu rechnen sein. Im übrigen kann das positive Tun ebensowohl zum Ausdruck kommen in einem Täuschen wie im tatsächlichen körperlichen Verbergen. Jedenfalls muß es geeignet sein, die Auffindung und Feststellung durch einen Dritten zu erschweren. Zur Vollendung des Verheimlichens wird jedenfalls erforderlich sein, daß von der Gläubigerseite Nachforschungen nach dem Vermögensstück eingesetzt haben; dabei wird genügen, daß der Konkursverwalter bei der Übernahme des zur Masse gehörigen Vermögens in Besitz und Verwaltung (§ 117 KO) außerstande ist, das verheimlichte Vermögensstück in das Inventar aufzunehmen. Der Begriff des Verheimlichens ist für alle Fälle weit zu fassen; er ist, wie das RG in RGST 64, 140/141 ausspricht, weiter als im § 259 STGB. Das RG führt aus: „Bei der Anwen-

dung des § 259 STGB handelt es sich um bestimmte Sachen, die Gegenstand einer Straftat gewesen . . . . und die nach ihrer Auffindung gesichert werden können. Hier vermag die Behauptung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts in der Regel die Auffindung nicht in Frage zu stellen. Im Konkurs aber ist eine rechtliche Eigenschaft — die Zugehörigkeit zur Masse, das Unterliegen der Zwangsvollstreckung — wesentlich, wofür durch die körperliche Wahrnehmbarkeit der Sache, ihre Auffindung im natürlichen Sinne vielfach nichts gewonnen ist. Hier kann daher das Verheimlichen nicht durch eine Veranstaltung körperlicher Art, durch ein Verbergen begangen werden, sondern es kann auch in einer Veranstaltung rechtlicher Art, in der Behauptung eines den Zugriff hindernden Rechtsverhältnisses z. B. eines Herausgabeanspruchs dritter Personen bestehen. Die Behauptung eines den Zugriff hindernden Rechts ist daher geeignet, die Zugehörigkeit einer Sache zur Masse trotz ihrer äußerlichen Wahrnehmbarkeit zu verschleiern, und es ist demzufolge in einer derartigen Veranstaltung ein Verheimlichen i. S. des § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO zu erblicken." In einer früheren Entscheidung hatte das RG unter Eingehung nur auf die tatsächliche Seite des Tatbestands des Verheimlichens entgegengesetzt entschieden (s. 64, 141); es hat in der früheren Entscheidung dargelegt, daß eine Sache dann als verheimlicht anzusehen ist, wenn ihre Auffindung erschwert oder unmöglich gemacht werde; sei dagegen eine zur Konkursmasse gehörige Sache vom Konkursverwalter bereits aufgefunden worden, so könne sie ihm nicht dadurch verheimlicht werden, daß über deren Eigentum oder andere Rechtsverhältnisse irreführende Angaben gemacht worden seien. In RGST 64, 141 rückt aber das RG ausdrücklich von seiner dort erwähnten früheren Entscheidung ab. An weiteren Fällen der neueren Rechtsprechung seien noch kurz angefügt, eine Entscheidung des RG in RGST 64, 138, wonach ein Verheimlichen vorliegt, wenn ein Gewerbebetrieb lediglich auf einen anderen Namen angemeldet wird, während sonst keine Veränderungen eintreten. Wenn der Gemein-

schuldner dem Konkursverwalter wissentlich falsche Auskunft auf Fragen erteilt, die Klarheit über das Vorhandensein eines Anfechtungsrechts (§ 29 u. ff. KO) zu schaffen bestimmt sind, kann Verheimlichen gegeben sein; so wenn der Gemeinschuldner behauptet, ein Darlehen von einem Dritten erhalten zu haben, das ihm von seiner Mutter gewährt wurde RGSt 66, 152. Verheimlichen ist u. U. auch in dem Verschweigen eines Sparkassenbuchs gegenüber dem Konkursverwalter zu finden, ferner in dem Verstecken betriebswichtiger Bestandteile einer Sache, auch wenn die Sache selbst nicht verheimlicht wird (RGST vom 25. 2. 1929 bei Stenglein a. a. O). Ein Verheimlichen von Vermögensstücken ist somit in jeder Handlung des Schuldners zu erblicken, durch die Vermögensstücke der Kenntnis des Konkursverwalters oder der Gläubiger und daher ihrem Zugriff entzogen werden.

Beiseiteschaffen dagegen stellt eine Tätigkeit dar, die etwas aus seiner bisherigen Lage oder aus seinem natürlichen Verlaufe in eine andere Lage oder einen anderen Lauf setzt (RGST 64, 140). Beiseiteschaffen verlangt keineswegs das Verbringen an einen anderen Ort räumlicher Entfernung, wie die gebräuchliche Auffassung des Wortes zunächst anzunehmen nahelegt; es liegt nicht nur beim räumlichen Verschieben eines Vermögensstücks vor, sondern auch dann, wenn der Gegenstand in eine rechtliche Lage gebracht wird, die dem Gläubiger einen dauernden oder auch nur vorübergehenden Zutritt unmöglich macht (RGST 61, 107; 64, 140). Neben dem Begriffsmerkmal des rein äußerlichen Fortbewegens steht somit die rechtliche Entfernung aus der Konkursmasse, also jede Verfügung des Schuldners über sein Vermögen, welche die Möglichkeit der Befriedigung der Gläubiger verringert, wie z. B. die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten, die Bestellung von Pfandrechten an beweglichen und unbeweglichen Sachen (auch zu Gunsten Dritter, RGSt 66, 131), die Verpfändung von Forderungen, die Sicherungsübereignung besonders bei der inkongruenten Dekkung (RGST 63, 81), der Verzicht auf ein Recht, ferner die rechts-

geschäftliche Veräußerung eines Grundstücks im Bewußtsein der Gläubigervereitelung (RGST 61, 107; 62, 152) oder die Erteilung einer Löschungsbewilligung (RGST 62, 278). Wird die Veräußerung eines Grundstücks nach KE oder nach Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbots (§ 106 KO) vorgenommen, so ist ferner die Veräußerung nach § 15 KO unwirksam, aber in der bloßen Tatsache der Eintragung auf den Erwerb ist objektiv ein Beiseiteschaffen zu erblicken, weil das Grundstück durch die bloße Tatsache der Eintragung dem Zugriff des Konkursverwalters zunächst entzogen ist (RGST 62, a. a. O). Neben die Veräußerung eines Grundstücks ist die Belastung zu stellen. Diese Möglichkeiten des Beiseiteschaffens sind unbestritten. Strittig ist, ob das bloße Beschädigen einer Sache unter § 239 Ziff. 1 KO fällt; das RG (RGST 27, 122; 42, 62) verneint. Dagegen wird das Zerstören einer Sache vom RG als Beiseiteschaffen festgestellt. Dieser Unterschied in der Beurteilung berührt seltsam, da durch die Zerstörung lediglich eine in derselben Richtung liegende Handlung vorgenommen wird, die von der Beschädigung nur abweicht durch den erhöhten Grad des Erfolgs. Wenn das RG die Beschädigung vom Begriff des Beiseiteschaffens ausnimmt, dann wäre zu erwarten, daß es mit Jaeger und Frank a. a. O. auch die Zerstörung ausschließen würde. Nach meiner Ansicht sollte der Begriff des Beiseiteschaffens ebensowohl die Beschädigung wie die Zerstörung erfassen, da beide Tätigkeiten dazu führen, die Gläubiger um ein ihnen auf Grund der ZE und KE zustehendes Recht der Verwertung der Vermögensstücke zu bringen; dieser Erfolg wird ebensowohl durch das Beschädigen wie etwa durch das Verbergen oder Übereignen herbeigeführt. Auch ein Verbrauchen von Vermögensstücken kann ein Beiseiteschaffen sein, sofern nicht die Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners fällt oder das Vermögensstück oder die Gegenleistung der Ermöglichung einer geordneten Lebensführung des Schuldners dient. Wie schon aus dem Wortteil „beiseite“ und dem Nebeneinanderstellen mit dem „Verheimlichen“ hervorgeht, sind solche Handlungen nicht

als beseitigen zu betrachten, die zum ordnungsmäßigen Betriebe oder zur ordnungsmäßigen Wirtschaft notwendig sind oder gehören (RGST 66, 89). „Verheimlichen" oder „Beiseiteschaffen" stellt das Gesetz unter Strafe. Grenzfälle können daher alternativ behandelt werden, umsoeher als vom Täter beide Tatbestände in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung gleicherweise verwirklicht werden können.

2. Anerkennen oder Aufstellen ganz oder teilweise erdichteter Schulden oder Rechtsgeschäfte.

Wenn der Gesetzgeber in § 239 Ziff. 1 KO vom Gemeinschuldner verlangt, daß er sein Aktiv-Vermögen offenbart, so mußte er eine ähnliche Bestimmung treffen, die eine Schuldenaufstellung zum Nachteil der Gläubiger (Verminderung der Quote) gleichfalls unter Strafe stellt. Dies ist im § 239 Ziff. 2 erfolgt. Der Gemeinschuldner wird dadurch gezwungen, nur solche Schulden aufzustellen, die tatsächlich in dem behaupteten Umfang bestehen. Die Begriffe „Schulden" und „Rechtsgeschäfte" sind in weitem Sinne zu verstehen. „Anerkennen" und „Aufstellen" ist jede Handlung des Schuldners, in der er das Bestehen einer Schuld oder eines Rechtsgeschäfts, die sein Vermögen belasten, nach außen hin in einer Weise bestätigte, die geeignet ist, die Befriedigung der Gläubiger zu beeinträchtigen (RGST 62, 288). Die Bestätigung kann ausdrücklich erfolgen; jedoch wird etwa ein ausdrückliches Anerkenntnis im Sinne § 781 BGB nicht verlangt; es genügt z. B. auch eine falsche Eintragung in den Geschäftsbüchern (welche die Gesamtvermögenslage noch übersichtlich läßt) oder im Gläubigerverzeichnis (§ 104 KO) oder eine Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter (§ 100 KO) (RGST 62, 288). Der wissentlich falsche Offenbarungseid nach § 125 KO enthält zugleich den äußeren und inneren Tatbestand des Aufstellens erdichteter Rechtsgeschäfte, durch die der Konkursmasse Vermögensstücke entzogen werden (RGST 64, 43). Ausreichend ist die Erklärung durch Stillschweigen und wohl auch die Tatsache des Stillschweigens wie z. B. die Unterlassung zu-

stehender Einreden (mit Ausnahme der Einrede der Verjährung, die dem Schuldner nur ein Leistungsverweigerungsrecht gibt, ohne das Schuldverhältnis aufzuheben), Unterlassen des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl, Nichtannahme eines Eides. Erdichtete Forderung ist auch die Anerkennung einer unverzinslichen Forderung als einer verzinslichen. Es genügt die Anerkennung oder Aufstellung, nicht aber ist erforderlich eine besondere Geltendmachung zum Nachteil der Gläubiger (RGST 62, 288 im Gegensatz zu 2, 343).

3. Die Unterlassung der Führung von Handelsbüchern.

Täter der Delikte nach § 239 Ziff. 2 u. 3 KO kann unter den bekannten Voraussetzungen jeder Schuldner sein, nicht aber besitzt jeder Schuldner die Tätereigenschaft bei den Ziff. 3 (und 4). Täter können hier nur Kaufleute sein. Diese Bestimmung entspricht dem früheren § 289 STGB, der (unter dem Einfluß der geschichtlichen Entwicklung) die Tätereigenschaft auf Kaufleute beschränkte. Damit tritt nach außen eine Abgrenzung gegen Ziff. 1 u. 2 ein und zwar nur in der Täterschaft, nicht im Erfolg, denn die in § 239 Ziff. 3 und 4 unter Strafe gestellte Verdunkelung und Erschwerung der Klarheit über den Vermögensstand des Schuldners dient im wesentlichen denselben Zwecken der Gläubigerbenachteiligung wie die Handlungen der Ziff. 1 u. 2.

In § 239 Ziff. 3 ist Täter derjenige Schuldner, der das Gebot ihm gesetzlich obliegender Buchführung nicht erfüllt hat. Wer ist nun zur Buchführung verpflichtet? Die Antwort gibt § 38 HGB (Abschnitt Handelsbücher): „Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen." Die Vorschriften unter dem Abschnitt „Handelsbücher" des HGB finden aber nach § 4 HGB auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht (Minderkaufleute), keine Anwendung. Nur der Vollkaufmann ist danach zur Buchführung

verpflichtet; nur er kann Täter nach Ziff. 3 sein, während der Minderkaufmann und Handwerker in Ermangelung dieser Pflicht als Täter nicht in Betracht kommen könne. Diese Unterscheidung zwingt deshalb in Hinsicht auf Ziff. 3 zur Abgrenzung der Begriffe Vollkaufmann, Minderkaufmann und Handwerker.

Vollkaufmann im Sinne des HGB ist zunächst derjenige, der ein Handelsgewerbe der in § 1 Abs. 2 HGB bezeichneten Art führt. Das Gesetz stellt hier einen Katalog sogen. Grundhandelsgeschäfte auf, deren Betrieb den Betriebsinhaber kraft Gesetzes zum Vollkaufmann macht. Dieser Betriebsinhaber ist alsdann Kaufmann sogar gegen seinen Willen (Mußkaufmann). Neben die Kaufleute kraft Gesetzes stellt § 2 HGB die Sollkaufleute. Das sind Personen, die keine Grundhandelsgeschäfte, wohl aber ein gewerbliches Unternehmen betreiben, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Sie werden Kaufleute erst durch die Eintragung in das Handelsregister, deren Herbeiführung ihnen jedoch zur Pflicht gemacht ist (Sollkaufleute). Eine dritte Art von Kaufleuten: der Betrieb einer Land- und Forstwirtschaft stempelt den Inhaber nicht zum Kaufmann § 3 HGB. Wenn aber mit diesem Betrieb ein Unternehmen verbunden ist, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt (Mühle, Sägewerk, Ziegelei, Brennerei), so ist dieser gewerbliche Teilbetrieb Handelsgewerbe und der Inhaber Vollkaufmann, wenn das Unternehmen wie in § 2 HGB nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und der Inhaber die Rechtsbegründung der Eintragung in das Handelsregister herbeiführt, wozu er nicht verpflichtet, aber berechtigt ist (Kannkaufmann).

Von dem Begriff des Vollkaufmannes ist der des Minderkaufmanns zu trennen. Die Unterscheidung ist bei der Begriffsbestimmung der §§ 2 und 3 HGB u. U. sehr schwierig; neben den gesetzlichen Anhaltspunkten sind stets die Verhältnisse des einzelnen Falles zu beachten. Wenn der Betrieb nach Art und Umfang kaufmännische

Einrichtungen nicht erfordert, so liegt ein kleingewerblicher Betrieb vor. Betriebe dieser Art sind z. B. kleinere Wirtschaften und Gasthäuser (RGST 36, 171), Bauunternehmer (RGST 18, 363), Händler und Hausierer (RGST 47, 344), Wäschereien (RGST 22, 272). Gesetzliche Aufzählungen von Kleinbetrieben sind nicht erfolgt, obwohl § 4 Abs. 3 HGB den Landesregierungen die Befugnis eingeräumt hat, Bestimmungen über die Abgrenzung nach der Steuerpflicht oder sonstigen Merkmalen zu erlassen. Die Abgrenzung liegt daher bei Anwendung des § 239 Ziff. 3 KO dem Strafrichter ob. Er wird in erster Linie auf den Umfang, daneben aber auch auf die Art und Weise des Betriebs zu achten haben. Gewisse Kleinbetriebe (Hausierer u. A.) werden ohne weiteres als Kleinbetriebe zu gelten haben. Zweifelhaft ist es dagegen, ob ein Betrieb hierher zu zählen ist, der, obzwar klein von Umfang, doch kaufmännische Einrichtung und Aufmachung erfordert und aufweist. Andererseits kommt es auch auf die Art des Betriebes an (Buch- und Kassenführung, Zahlungsleistung) (Koenige HGB zu § 4). Gleichfalls nicht zur Buchführung verpflichtet ist der Handwerker. Zur Unterscheidung vom Vollkaufmann lassen sich für Grenzfälle auch gewisse Anhaltspunkte aufstellen: Ausbildung des Inhabers, seine persönliche Mitarbeit im Gegensatz zur bloßen durch den Umfang des Betriebs erforderten Aufsicht, Arbeitsteilung, Zahl der Hilfskräfte, Einrichtung der Arbeitsstätten, Gebrauch von Maschinen in größerem Umfang. Als Richtlinien werden die Auffassungen des Lebens und die zahlreichen Entscheidungen der oberen Gerichte zu gelten haben.

Den Minderkaufleuten und Handwerkern obliegt die Buchführungspflicht nicht; für den Fall ihres Konkurses oder ihrer Zahlungseinstellung gehen sie deshalb, selbst wenn die subjektiven Voraussetzungen des § 239 Ziff. 3 gegeben sind, ohne Strafe aus.

Der Vollkaufmann dagegen ist, wie ausgeführt, strafrechtlich verantwortlich. Vollkaufmann ist auch die Handelsfrau, gleichviel ob sie das Geschäft selbst betreibt oder durch ihren Ehemann oder

durch Dritte betreiben läßt, oder das Geschäft selbst gegen den Willen des Ehemanns betreibt; gerade die fehlende Zustimmung zur Führung des Gewerbebetriebs nimmt ihr die Kaufmannseigenschaft nicht. In den Fällen, in denen der Mann das Geschäft führt, die Frau aber der „Kaufmann" ist, kann es Schwierigkeiten geben zu entscheiden, auf wessen Namen das Geschäft geführt wird. Gerade die Nachinflationsjahre mit ihrem wirtschaftlichen Niedergang haben in dieser Hinsicht erhebliche Schwierigkeiten gezeitigt, da Geschäftsübernahmen innerhalb von Kaufmannsfamilien (aus berechtigten oder aus verwerflichen Gründen) keine seltene Erscheinung waren. Anhaltspunkte auch für den Strafrichter kann jedoch in solchen Fällen die Vorschrift ergeben, daß die Bezeichnung des Inhabers am Ladenlokal deutlich angebracht sein muß (Gew. O. § 15 a). Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit schließen die Kaufmannseigenschaft nicht aus, wenngleich diese Eigenschaft und die tatsächliche Betriebsführung regelmäßig nicht in einer Hand vereint sein werden. In diesen Fällen kann aber u. U. der Kaufmann, sofern er nicht vollständig willensunfähig ist, für die mangelnde Sorge ordnungsmäßiger Buchführung verantwortlich sein, ebenso wie der Kaufmann, der zu seinen Geschäften einen Vertreter bestellt hat.

Bei den Personenfirmen der OHG und der Komm. Ges. (beide mit Vollkaufmannseigenschaft) kommen als Täter die vertraglich geschäftsführenden und die persönlich haftenden Teilhaber in Betracht (RGST 45, 387); die von der Geschäftsführung durch Vertrag oder Gerichtsbeschluß ausgeschlossenen Gesellschafter können jedoch wohl nicht haften (bestr.). Wegen der Täterschaft der gesetzlichen Vertreter der Sachgesellschaften wird auf § 244 KO verwiesen (siehe unten).

Ueber die Frage, welche Bücher zu führen sind, entscheiden die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (Koenige, HGB 3. Aufl. § 38). Regeln sind grundsätzlich nicht erlassen. Zwingend vorgeschrieben sind z. B. nur das Bankdepotbuch für den Kaufmann,

dem im Betriebe seines Handelsgewerbes gewisse Wertpapiere zur Verwahrung oder als Pfand gegeben werden (§ 1 Dep. Ges.). Weitere Handelsbücher, deren Führung zu verlangen ist, wie Tagebuch (Journal), Hauptbuch, Kassenbuch, sind bestimmt, über die Geschäfte und über das Vermögen des Kaufmanns jedem, der Kenntnis einer Buchführung hat, Auskunft über die Handelsgeschäfte und über die Lage des Vermögens zu geben. Dies ist als Grundsatz zu verlangen. Fehlt auch nur ein Buch mit der Folge der Unübersichtlichkeit, so ist das Delikt vollendet. Andere Bücher, die dem Zweck der Übersichtlichkeit nicht zu dienen bestimmt sind, sondern nur zu Steuer- oder Berufskontrollen, wie z. B. das Giftbuch des Apothekers, das Weinbuch des Wirtes, das Tagebuch des Maklers sind nicht unter die Handelsbücher zu zählen; auch das Aktienbuch (§ 222 HGB) als Grundlage für die internen Beziehungen der AG. zu ihren Aktionären ist kein Handelsbuch.

4. Vernichten, Verheimlichen, unrichtiges Führen oder Verändern der Handelsbücher.

Wenn in § 239 Ziff. 3 KO das gänzliche Unterlassen der Buchführung in den Tatbestand aufgenommen ist, so bringt Ziff. 4 als Ergänzung hierzu die Unübersichtlichkeit in der Buchführung; die Buchführung wird hier zwar als vorhanden angenommen, jedoch ist der Tatbestand erfüllt, wenn sie durch Vernichten u. s. w. bis zur Unübersichtlichkeit verkümmert ist. Da nach der hier vertretenen Ansicht § 239 Ziff. 4 nur die erweiternde Ergänzung zu Ziff. 3 ist, so liegt darin zugleich von vornherein die Beantwortung der Streitfrage: „Vollkaufmann oder auch Minderkaufmann"? in der Richtung, daß Ziff. 4 wie Ziff. 3 nur für Vollkaufleute Geltung haben kann. Dieser Standpunkt läßt sich rechtfertigen zunächst aus dem Gesetz selbst, das in keiner Weise erkennen läßt, daß der Relativsatz der Ziff. 3, „deren Führung ihnen gesetzlich oblag", auf Ziff. 4 nicht übertragen werden könnte. Zudem wird mit Recht in der Literatur der Verwunderung Ausdruck gegeben, weshalb der nicht zur Buchführung verpflichtete Kleinge-

werbetreibende oder Handwerker, der aus irgend welchen Gründen freiwillig Bücher führte, im Falle des Konkurses härter betroffen sein soll als sein Berufsgenosse, der von vornherein die Buchführung überhaupt nicht aufgenommen hatte. Die Vertreter der Strafbarkeit auch von Minderkaufleuten gehen wohl zusehr von der Willensrichtung des Täters aus, übersehen dabei aber doch, daß die Buchführungspflicht eine objektive Pflicht ist, die eben gegeben oder nicht gegeben ist. Für Minderkaufleute besteht sie nicht; folgerichtig kann aus der „Unterlassung" einer nicht vorhandenen Verpflichtung auch kein Vorwurf in strafrechtlichem Sinne entstehen. Die herrschende Ansicht bringt zwar Ziff. 4 auch auf Minderkaufleute zur Anwendung (von Liszt, Lehrb. 1905, 465, Neumeyer 168, Reichart GS 48, 303 RGST 42, 284, J. W. 1934, 616 mit der Begründung: § 239 Ziff. 4 setze nicht voraus, daß der Gemeinschuldner zur Führung der — unübersichtlich gestalteten — Handelsbücher verpflichtet war). Dagegen sind Frank (III, 4 zu 239), von Babo 35 und C. Jaeger (5. Aufl. Anm. 39 zu 239) gegen die Auffassung, daß ein Minderkaufmann geeignetes Subjekt sei; auch Wach insbesondere weist S. 73 a. a. O. mit Recht darauf hin, daß Ziff. 3 mit der Pflicht des Vollkaufmanns rechnet, die „eine Garantie des ordnungsmäßigen Geschäftsgebarens darstellt; die Ziff. 4 darüber hinaus mit Zufälligkeiten". „Wo diese zutreffen, also Buchungspflicht nicht besteht, erscheint die Gleichbewertung ungerecht . . . .". Der hier vertretenen Auffassung entspricht es, auch dem Vollkaufmann folgerichtig die straflose Vernichtung der Handelsbücher nach Ablauf der in § 44 HGB festgesetzten Aufbewahrungsfrist von 10 Jahren zuzugestehen (Frank und Jaeger a. a. O). Nach § 38 HGB sind in den Büchern die einzelnen Handelsgeschäfte neben der Lage des Vermögens ersichtlich zu machen. Der Grad der Übersichtlichkeit richtet sich nach der Auffassung eines kaufmännischen Sachverständigen. Wenn dieser sich durch die Bücher nicht durchzufinden vermag, ist die fehlende Übersicht nach 239 Ziff. 4 zu bejahen; die Übersicht hat sich auf die formelle Richtig-

keit, wie auf die Wahrheit des materiellen Vermögensstandes zu erstrecken (von Babo 38).

II. Der einfache Bankerutt (§ 240 KO)

Die Behandlung des betrügerischen Bankerutts hat gezeigt, daß die engeren Zusammenhänge zwischen den einzelnen Bankeruttdelikten überall deutlich von dem einen zum andern hinüberführen. Sind bei allen Bankeruttdelikten die Grundfragen, ihr Wesen, die Bedeutung von ZE und KE u. a. gleich, so ergeben sich aber auch bei den einzelnen Tatbeständen objektiv oder subjektiv Angleichungen. Die Angleichung des § 240 an § 239 zeigt sich im wesentlichen in den objektiven Tatbestandsmerkmalen, während sich in subjektiver Beziehung nur z. T. eine Verbindung ergibt, z. T. aber bei § 240 gegenüber § 239 neue Gesichtspunkte hervortreten.

Objektiv fällt bei § 240 die Kasuistik auf, die wie bei § 239 deshalb zur Kritik berechtigt, weil jede freie Auslegung, jede Ausdehnung auf andere Tatbestände ausgeschlossen ist. Daraus erklärt es sich, daß die Unterordnung einer ähnlich liegenden Handlung unter den Tatbestand des § 240 oft überaus schwer, aber dennoch notwendig ist, um den Täter erfassen zu können.

Der Tatbestand des § 240 deckt sich z. T. mit dem Tatbestand des § 239, so bei den Buchdelikten des § 240 Ziff. 3 und des § 239 Ziff. 3 und 4. Mit Notwendigkeit ist hier wie in § 239 die besondere Eigenschaft des Täters als Vollkaufmann zu betrachten, da (wie unter I ausgeführt) nur derjenige bestraft werden kann, der Bücher zu führen oder eine Bilanz zu ziehen verpflichtet ist, diese handelsrechtlichen Pflichten jedoch unterlassen hat. Dies ist die eine Deliktsgruppe des § 240. Getrennt davon (die Trennung ist besonders subjektiv wichtig) stehen die Merkmale des § 240 Nr. 1 und 2 (Verbrauch oder Schuldigwerden übermäßiger Summen durch Aufwand u. a. oder durch Differenzhandel; Entnahme von Waren oder Wertpapieren auf Borg, verbunden mit ihrer Veräußerung u. s. w. unter dem Wert). Diese Merkmale geben jedoch zu kritischen Bemerkungen keinen besonderen Anlaß.

III. Die Gläubigerbegünstigung (§ 241 KO)

Wenn in § 239 KO bestimmte Bankerutthandlungen unter Strafe gestellt sind, die sich als Verletzung der Gläubigerinteressen darstellen, so will damit der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, daß die durch die objektive Bedingung der ZE oder KE geschaffene Lage für alle Gläubiger dieselbe Bedeutung hat, daß er insbesondere eingreifen will, wenn dieselbe Lage zum Nachteil aller am Verfahren beteiligten Gläubiger noch durch gewisse Handlungen verschlechtert wird. Wie verhält sich nun aber der Gesetzgeber, wenn der Schuldner einzelne Gläubiger besser stellt als andere, indem er Bankerutthandlungen begeht, die nicht allen Gläubigern zum Nachteil, sondern die dem einen zum Vorteil und deshalb (meist notwendigerweise) den anderen Gläubigern zum Nachteil sind? Die Antwort auf diese Frage gibt § 241 KO.

Im Ganzen betrachtet leitet in § 241 derselbe Gedanke wie in § 239 und § 240. Er enthält das Verbot: Schuldner, wenn du schon in einer durch ZE oder KE ausgeprägten Finanzlage bist, dann verletze oder gefährde nicht die Interessengesamtheit deiner Gläubiger durch bestimmte Handlungen, die geeignet sind, diesen Erfolg herbeizuführen. Ein Widerspruch scheint gleichwohl zwischen den Tatbeständen des § 239 und § 240 einerseits und des § 241 andererseits zu bestehen, da das Wesen der Bankerutthandlung des § 239 naturgemäß eine Verletzung der Interessen aller Gläubiger verlangt, während bei § 241 mindestens ein Gläubiger vor den anderen begünstigt wird. Dieser Widerspruch hätte aber nur dann bestanden, wenn der Schwerpunkt beim betrügerischen Bankerutt und bei der Gläubigerbegünstigung in der Verletzung oder Gefährdung der Interessen der einzelnen Gläubiger liegen würde. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr ist bei beiden Delikten die Gesamtheit der Gläubigerinteressen das Angriffsobjekt. Diese Gesamtheit ist aber auch dann verletzt, wenn das Recht eines Gläubigers im Verhältnis zu den anderen etwa nicht betroffen sein sollte, so, wenn ein Gläubiger gegenüber den anderen bevorzugt behandelt wird. So

lassen sich der betrügerische Bankerutt und die Gläubigerbegünstigung demnach auf dieselbe Wurzel zurückführen; sie sind Ausfluß desselben Grundgedankens. Beide Delikte sind daher nach meiner Ansicht in denselben Rahmen zu stellen. Daß die Strafandrohung bei der Gläubigerbegünstigung nicht so schwer ist, wie die beim betrügerischen Bankerutt, ist eine Folge des geringeren subjektiven Verschuldens des Täters im Gegensatz zum betrügerischen Bankerutt (RGST 36, 349). Das RG spricht sich (im Gegensatz zu seinem Erkenntnis in RGST 4, 61) damit für die Gläubigerbegünstigung als einen Unterfall des betrügerischen Bankerutts aus, jedoch nur aus subjektiven Gründen. (So auch Binding I, 242 und Neumeyer 185/187.) Auch Wach 77 nennt die Gratifikation begrifflich einen Fall des betrügerischen Bankerutts, da „das Deliktische in ihr, wie in § 239, der Angriff auf die Forderungen der Mitgläubiger, also ihre Benachteiligung ist und nicht in der Deckung oder Sicherung des Begünstigten gefunden werden kann". Die Begünstigungsabsicht könne daher „angesichts der milderen Strafe des § 241 im Verhältnis zu § 239 nur Milderungsgrund, nicht Strafgrund sein"; das Gesetz schaffe einen „privilegierten Fall des § 239 Nr. 1". Diese Lehre scheint sich als herrschend durchgesetzt zu haben. Anderer Ansicht ist Merkel in HH Bd. 3 S. 331, der nur eine Verwandtschaft zwischen § 239 und § 241 sieht. Eine weitere Ansicht vertritt Reichart in GS 48, 318. Wenn diese Ansicht schon davon ausgeht, daß nicht der Angriff auf die Gesamtinteressen der Gläubiger strafbar ist, sondern die Vereitelung der durch die ZE oder KE eingetretenen gesetzlichen Reihenfolge in der Befriedigung der Gläubiger, dann fehlt ihr allerdings die Verbindung zwischen den beiden Tatbeständen. Reichart bezeichnet daher die Gläubigerbegünstigung als ein „selbständiges Delikt". Im Ergebnis stimmen dieser Ansicht auch zu Jaeger und Frank zu 241. Frank weist u. a. darauf hin, man könne die „ultruistische Absicht der Gläubigerbegünstigung nicht der rein egoistischen Absicht der Gläubigerbenachteiligung des § 239 unterordnen".

Der objektive Tatbestand des § 241 KO

Die Sicherung oder Befriedigung durch den Gemeinschuldner (der Kaufmann oder Nichtkaufmann sein kann, RGST 36, 357) ist zwar grundsätzlich nicht strafbar. Sie ist zulässig, wenn der Schuldner die Verträge, die er nach zivilrechtlichen Bestimmungen abgeschlossen hat, in einer Weise erfüllt, die sich nicht als eine Begünstigung eines Gläubigers vor den übrigen Gläubigern darstellt. Voraussetzung ist dabei, daß die Erfüllung von Verbindlichkeiten auf Verträge zurückzuführen ist, die vor ZE oder KE eingegangen wurden, die also aus dem zur Konkursmasse gehörenden Vermögen zu erfüllen sind, oder die aus einem Vermögen erfüllt werden, das nach § 811 ZPO dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist. Die Verminderung der rechtlich zum Konkurs gehörenden Masse kann dagegen vor oder nach ZE oder KE erfolgen (RGST 65, 416; 66, 88). Das Gewähren einer Sicherung oder Befriedigung ist an sich nicht geeignet, den Tatbestand des § 241 zu erfüllen, nämlich dann nicht, wenn der Schuldner zu der Leistung nach Inhalt, Art und Zeit verpflichtet war. Eine Sicherung oder Befriedigung, welche der Gläubiger nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit zu beanspruchen hatte, erfüllt aber den Tatbestand des § 241. Sicherung oder Befriedigung hat der Gläubiger aber dann nicht zu beanspruchen, wenn ein Rechtsgrund dafür fehlt; maßgebend ist stets der dem Schuldverhältnis zu Grunde liegende bürgerlich rechtliche Vertrag. Die Begriffe Sicherung oder Befriedigung sind so auszulegen, wie in § 30 Nr. 2 KO (RGST 48, 20). Sowohl bei der Befriedigung wie bei der Sicherung handelt es sich um eine dem Gläubiger nicht gebührende Deckung. Der Unterschied zwischen beiden Begriffen ist der, daß bei der Befriedigung der Anspruch getilgt wird, während er bei der Sicherung fortbesteht.

Durch die Sicherung wird dem Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners ein tatsächlicher oder rechtlicher Vorrang eingeräumt, der ihn vor den übrigen Gläubigern besser stellt, selbst wenn die Wirksamkeit der Sicherung abhängt von gewissen etwa eintretenden

tatsächlichen Voraussetzungen (RGST 30, 262). So kann die Eintragung einer Hypothek an aussichtsloser Stelle eine wirksame Sicherung werden, wenn eine vorhergehende Hypothek gelöscht wird oder, wenn der Wert des belasteten Grundstücks (Neubau, Umbau oder durch Erschließung als Bauplatz) steigt. Arten der Sicherungen bei beweglichen Sachen sind nach BGB die Hinterlegung, die Verpfändung oder die Lombardierung von Wertpapieren; auch wird z. B. der schon durch das gesetzliche Pfandrecht gesicherte Vermieter durch zusätzliche Sicherungsübereignung der eingebrachten Sachen besser gestellt, obwohl die Sicherungsübereignung im Konkurse kein Aussonderungsrecht, sondern nur einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung begründet (RG II vom 17. 5. 1930 in Stenglein 5. Aufl. Erg. Bd. 1933 zu 241). Eine widerrechtliche Sicherung liegt auch dann vor, wenn auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger das Konkursverfahren nicht beantragt wird, obwohl es beantragt werden mußte (RGST 48, 19). Eine Sicherung ist aber z. B. einem Gläubiger dann nicht gewährt, wenn ihm vom Schuldner an dessen Grundstück eine Briefhypothek bestellt, der Brief ihm aber nicht übergeben ist (RGSt 34, 171 — wohl etwas zu weit gehend —) oder wenn dem Gläubiger ein bloßer Titel zur Zwangsvollstreckung gewährt wird (RGST 20, 301). Die Befriedigung ist das Erlöschen eines Schuldverhältnisses durch Erfüllung (§§ 362, 363, 364 BGB), Hinterlegung (§ 372 ff. BGB) und Aufrechnung (§ 387 ff. BGB), durch Bewirken und Annahme der tatsächlich geschuldeten Leistung, ferner durch jede Leistung, die an die Stelle der ursprünglich geschuldeten tritt. Ob eine Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist, ist selbstverständlich oft nur nach dem konkreten Fall zu beurteilen. So hängt es z. B. bei Möbeln und anderen Gegenständen aus Werkverträgen von dem Grade der Herstellung des versprochenen Werkes ab, ob die Lieferung unfertiger Stücke durch den Unternehmer eine Befriedigung gewährt, die der Besteller als Gläubiger nicht oder nicht in der Art zu beanspruchen hat (RGST 67, 1). Befriedigung durch eine

andere Leistung als die geschuldete, liegt nach RGST 63, 78 dann vor, wenn der Schuldner im Hinblick auf die Gefahr des Konkurses mit dem Geldgeber vereinbart, dieser solle ihm, wenn der Schuldner bei Fälligkeit des Darlehens nicht zahlen könne, dafür Ware geben.

Nach § 364 Abs. 2, BGB liegt eine Erfüllung nicht vor, wenn die Leistung nur erfüllungshalber erfolgt. Das typische Beispiel ist die Ausstellung eines Wechsels (RGST 26, 257), die keine Befriedigung im Sinne des § 241 KO ist.

„Nicht zu der Zeit" ist die Sicherung oder Befriedigung erfolgt, wenn die Leistung vor ihrer Fälligkeit bewirkt wird.

„Die Gewährung" erfordert ein Tun des Schuldners, wodurch ein Vorteil des Gläubigers einem Nachteil im Vermögen des Schuldners gegenübertritt. Im Unterlassen kann nur insofern ein Gewähren liegen, soweit der Schuldner zu einem Handeln verpflichtet ist.

Ob das Gewähren ein einseitiges Handeln des Schuldners ist, oder auch in einem bewußten Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger in der Form des Anbietens und Annehmens gesehen werden kann, ist bestritten. Mit Recht setzen sich Wach 78, Binding I 443 und Frank zu § 241 dafür ein, daß ein Gewähren nicht bloß in der von der herrschenden Ansicht (RGST 28, 62; 29, 413; Jaeger zu § 241 u. a.) vertretenen gegenseitigen Hingabe und Annahme zu erblicken ist, sondern auch in der „einseitigen Willensbetätigung" (Kellner 45). Dadurch wird vermieden, daß der eine Schuldner straflos ausgeht, während der andere trotz derselben Handlung bestraft wird, eine Folge, die Wach a. a. O. absurd nennt.

Die Schuldseite

Der subjektive Tatbestand der Bankeruttdelikte bildet gleichsam den Höhepunkt der bei der Behandlung der Bankeruttdelikte überaus zahlreichen Kontroversen. Die Arten der Bankeruttdelikte — in ihrer Wesensgleichheit und in ihrer Beziehung zur ZE oder KE scheinbar ein Ganzes — erfahren durch die Frage nach dem Verschulden einen trennenden Unterschied.

1. In allen Fällen des betrügerischen Bankerutts wird verlangt, daß der Schuldner die einzelnen Handlungen in der Absicht vorgenommen hat, die Gesamtheit seiner Gläubiger zu benachteiligen. Durch Gebrauch des Wortes „Absicht" ist zunächst unbestritten kundgetan, daß das Verbrechen vorsätzlich begangen sein muß, weil Absicht ohne Wissen und Wollen schlechthin undenkbar ist. Jedoch ist hier, wie in anderen Tatbeständen, in denen der Gesetzgeber den Ausdruck Absicht gebraucht, dessen Bedeutung und Inhalt bestritten. Die herrschende Lehre nimmt Absicht in dem Sinne von Vorsatz, wie er sich auch bei den sonstigen vorsätzlich begangenen Delikten darstellt: als das Wissen und Wollen sämtlicher Tatbestandsmerkmale. Jedoch wird beim betrügerischen Bankerutt wegen des Erfordernisses der Gläubigerbenachteiligung außerdem eine über den einfachen Vorsatz hinausgehende Willensrichtung verlangt: der Täter muß sich bewußt sein, daß die Rechte seiner Gläubiger beeinträchtigt werden, und daß seine Handlung die Ursache der Beeinträchtigung ist. (RG 39, 136; Binding I 430; Lindenberg bei Stenglein I 774; Wach 72; Merkel HH 3, 818; Reichart GS 48, 309) (von Babo rechnet Wach — unrichtig — zu denjenigen, die Absicht = Endzweck behandeln). Nach der angeführten Entscheidung des RG ist „nicht wohl annehmbar", daß das Wort „Absicht" in § 239 KO in anderem Sinne gebraucht sei, als im § 241 KO, wo unter der Absicht nicht mehr verstanden werden könne als der „auf Herbeiführung des Erfolgs einer Begünstigung

gerichtete Wille des Täters, der da vorliegt, wo die Handlung im Bewußtsein dessen vorgenommen wird, daß sie den Erfolg notwendig und unvermeidlich nach sich ziehe und wo der Wille des Täters dementsprechend dessen Eintritt umfaßt". Die Natur des Verbrechens verlange den gleichen Sinn in § 239 wie in § 241 KO, wenn der Zweck der Strafbestimmung erreicht werden soll. Das RG verweist auch auf die Motive zu § 281 STGB, nach denen die Benachteiligungsabsicht als allgemeines Erfordernis für alle Fälle des betrügerischen Bankerutts hätte aufgestellt werden können, „weil selbst diejenigen Handlungen, welche, wie das Beiseiteschaffen von Vermögensstücken oder die Anerkennung erdichteter Forderungen häufig zunächst zum Zweck einer widerrechtlichen Bereicherung des Schuldners oder eines bestimmten Dritten begangen werden, immer mit der bewußten Absicht verbunden sind, daß bestimmte Sachen oder Werte der Gesamtheit der Gläubiger entzogen werden sollen" (Olsh. 2161). Mit Recht führt daher das RG aus, daß mehr als der gekennzeichnete, bestimmte, auf Eintritt des Erfolgs gerichtete Wille in die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht hineingelegt werden dürfe. In einer Reihe der diese Frage erörternden Erkenntnisse (RGST 24. 7. und 255; 39, 136; JW 1906, 749) ist dargelegt, daß die Gläubigerbenachteiligung nicht Beweggrund oder Endzweck des Handelns bilden müsse. Der Täter erfüllt somit die subjektive Seite des § 239 KO, wenn er den Erfolg nur billigt, ohne ihn als Endzweck zu wollen; anzunehmen ist der Erfolgswille, wenn der Täter die Benachteiligung als notwendige Folge seines Handelns voraussehen mußte (RGR 4, 163; 6, 709; RGST 24, 7 und 255). Das RG ist allerdings in seinen Entscheidungen nicht ganz folgerichtig. Neben der oben erwähnten Entscheidung 39, 136, in welcher das RG für die Absicht das „Bewußtsein der notwendigen Folge" genügen läßt, spricht es sich anderweitig dahin aus, die Absicht des § 239 verlange den „gerade auf die Herbeiführung des (gesetzlichen) Erfolgs gerichteten Willen"; dieser „bestimmte Wille" sei nicht „dem Bewußtsein" gleich-

zustellen (RGST 24, 7; 27, 241). In JW 1934, 1500 und RGST 66, 88 ist dagegen ausgeführt, daß für den Begriff der Absicht des § 239 das Bewußtsein der notwendigen Folge nicht genüge. Diese Auffassungen stehen demnach in direktem Gegensatz zueinander. Weber weist in verschiedenen Anmerkungen zu neueren Urteilen in JW 1930, 1350; 1934, 841, 1290 u. 1500; 1935, 1495 auf die noch widersprechende Behandlung des Begriffs der Absicht durch das RG hin, die allerdings einer klaren Zielrichtung entbehrt. Binding 431 kommt zu der herrschenden Ansicht aus der „Beobachtung der Lebensvorgänge", denen der Gesetzgeber gerecht werden müsse. Er betrachtet als Kennzeichen des betrügerischen Bankerutts nicht die Feindseligkeit des Schuldners, die Gläubiger zu ruinieren oder ihnen mindestens durch Verlust der Forderungen ein Leid zu tun, sondern die Gleichgültigkeit gegen das Los der Gläubiger, zu deren Schaden der Schuldner handelt. Ebenso sieht Wach 72 in der Benachteiligungsabsicht ein „Mehr" als die Minderung der Aktiven und Verringerung der Passiven, zwar nicht Motiv und Endzweck, aber auch nicht die Absicht, den Vermögensstand zu vermindern oder zu verschleiern, sondern den Willen, „die Gläubiger durch die betreffende Handlung zu kürzen". Sonach ist Wach beizustimmen, daß auch derjenige den Tatbestand erfüllt, der durch die Bankerutthandlung auf Kosten der Gläubiger u. U. sogar einen guten Zweck verfolgen würde. Die Benachteiligung wird tatsächlich auch in den seltensten Fällen Endzweck der Bankerutthandlung sein; vielmehr wird sie der Täter regelmäßig als Mittel zur Erreichung eines anderen Zwecks begehen, etwa zum Betrieb eines neu zu gründenden Geschäfts, zur Sicherung der Lebensbedürfnisse über die kritische Zeit des Vermögensverfalls hinweg. Welchen Zweck aber immer der Schuldner im Auge hat, er erfüllt den Tatbestand des Gesetzes, sofern er nur weiß, daß seine Handlung einen nachteiligen Erfolg für die Gläubiger herbeiführen kann und er diesen Erfolg will.

Andererseits wird die Absicht auch als motivierende Erfolgsvorstel-

lung definiert. Danach handelt der Täter in Beziehung auf einen bestimmten Erfolg absichtlich, wenn er sich gerade durch die Vorstellung, daß er ihn herbeiführen werde und könne, zur Handlung bestimmen läßt. So Frank zu § 239; Liszt a. a. O; Weber GS 65, 109; Neumeyer 171; Wachenfeld 433; Babo 43. Es genügt nach dieser Ansicht also nicht die bloße Voraussicht, daß die Bankerutthandlung die Benachteiligung der Gläubiger zur Folge habe. Den durch diese Ansicht notwendig bedingten, und von Reichart a. a. O. mit vollem Recht erhobenen Einwand, daß man bei Absicht = Motiv fast nie in die Lage kommen würde, wegen betrügerischen Bankerutts zu bestrafen, sucht Weber a. a. O. damit zu entkräften, daß die Gleichstellung der Absicht mit Motiv keineswegs bedeute, daß die Schädigung der Gläubiger für den Schuldner alleiniger Zweck des Handelns bilden müsse. Er sieht neben dem Motiv der Gläubigerschädigung zugleich die Absicht einer besonderen Gestaltung der eigenen Vermögenslage. Weber bezichtigt den Gesetzgeber eines doppelten Ausdrucks, wenn er mit „Absicht" den Vorsatz hätte bezeichnen wollen, weil der Vorsatz eo ipso in dem Begriff „Absicht" enthalten sei. Ferner kann er sich die hohe Strafe des betrügerischen Bankerutts gegenüber dem einfachen Bankerutt nicht anders, denn aus der motivierenden Absicht erklären, während Neumeyer a. a. O. aus der grammatikalisch finalen Wendung „in der Absicht zu" auf die Absicht als Endzweck schließt.

Die Auffassung dürfte jedoch zu weit gehen. Man wird vielmehr, wie oben schon erwähnt, die Lehre als die richtige anerkennen müssen, die hier Absicht im Sinne von Vorsatz faßt. Es ist zwar richtig, wenn auch sprachlich nicht ausgeschlossen, daß man von Absicht gewöhnlich nur dann spricht, wenn das Gewollte um seiner selbst willen gewollt ist; naturnotwendige Folge wäre aber dann, daß die weitaus größte Mehrzahl der Verbrecher nach § 239 KO durch die vom Gesetzgeber sicherlich nicht so weit gewirkten Maschen des Gesetzes durchschlüpfen und dem staatlichen Strafrecht entgehen würde; denn nur außerordentlich selten dürfte es

vorkommen, daß der Schuldner die Gläubigerrechte gefährdet lediglich aus bloßer „Bosheit" (Reichart) oder aus „Mißgunst" (Jaeger) oder aus „Feindseligkeit" (Binding).

Hervorzuheben ist noch, daß der Schuldner wirklich in einen Zustand kommen muß, in dem er die gegen ihn bestehenden Ansprüche nicht mehr erfüllen kann; die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, braucht ihr Ziel nicht zu erreichen.

Die Absicht, den Gläubigern die Befriedigung zu erschweren, erfüllt den Tatbestand des § 239 nicht, da sie sich nur als das Wollen eines Vermögensstandes darstellt, der die Gläubiger möglicherweise benachteiligt. Wenn z. B. der Schuldner ein Kapital in einem Unternehmen investiert, ohne damit im gegebenen Augenblick seine Zahlungsfähigkeit irgendwie zu gefährden, so macht er sich, selbst wenn er bei dem Risiko des Unternehmens mit der Möglichkeit späterer Zahlungsunfähigkeit rechnet und diese eintritt, nicht des betrügerischen Bankerutts schuldig. A. M. ist allerdings Petersen in Pet. Kleinf. zu § 239, der den Eventualdolus noch in die Absicht einbezieht, während Lindenberg in Stengleins Komm. 4. Aufl. diesen ebenfalls in der 3. Auflage zu § 239 vertretenen Standpunkt aufgegeben hat.

Die Unmöglichkeit fahrlässiger Begehung steht bei § 239 KO außer Frage.

Da die Benachteiligung der Gläubiger darin besteht, daß die Möglichkeit ihrer Befriedigung durch die Bankerutthandlung geringer wird, so muß sich die Absicht in § 239 Ziff. 1 u. 2 auf die Verminderung des Vermögens (durch Verringerung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven), in Ziff. 3 u. 4 auf die Verdunkelung der Vermögenslage richten, und zwar muß die Benachteiligung der Gläubigerschaft in ihrer Gesamtheit beabsichtigt sein (RGST 6, 95; 39, 136).

2. Beim einfachen Bankerutt schweigt das Gesetz über die Schuldart — mit Ausnahme der Ziff. 2 — deren Handlungen nur gewollt sein können, weshalb für sie absichtliche Begehung ver-

langt wird. Die Absicht ist auch hier in dem weitergehenden Sinn von Vorsatz aufzufassen, jedoch ist sie (abweichend von § 239) nicht über den einfachen Vorsatz hinaus auf einen weiteren Zweck gerichtet.

Bei der Lücke des Gesetzes waren Wissenschaft und Praxis gezwungen, den Weg einer befriedigenden Lösung selbst zu suchen. Bei den ersten Versuchen wurde jedoch ein Irrweg beschritten: dem einfachen Bankerutt wurde der Charakter eines Formaldelikts beigelegt, das zwar den allgemeinen Voraussetzungen strafrechtlicher Zurechnungsfähigkeit unterliege, im übrigen aber von einer schuldhaften Gesinnung des Täters unabhängig sein soll (Neumeyer 142). Diese nach Binding „ebenso unerklärliche wie unerfreuliche Behauptung" wird vom RG in den älteren Erkenntnissen aufgestellt (4, 35; 5, 525). Mit Recht kämpft auch Reichart GS 48, 269 gegen diese Lösung an, weil sie gegen die obersten Prinzipien des Strafrechts verstößt (nulla poena sine lege, woran der Gesetzgeber unbedingt festhält). Jedoch glaubt Reichart die Frage durch Annahme einer gesetzlich präsumierten, unwiderlegbaren Schuld „in Bezug auf den verbrecherischen Erfolg und den Kausalitätsnexus" der Lösung näher bringen zu können, auf welchem Wege ihm Berner a. a. O. mit einer Präsumtion des „Leichtsinns" (die aber keine Schuldart sein kann) sehr nahe kommt. Unmöglich ist auch der Versuch, die Schuld in einer Vernachlässigung der dem Täter obliegenden Pflichten zu erblicken, die weder vorsätzlich noch fahrlässig geschehen zu sein brauche, sondern selbst eine dritte Schuldart darstelle (Mewes a. a. O). Das RG ging zwar in der grundlegenden Plenarentscheidung 13, 242 von dem Grundsatz des Formaldelikts ab, ohne dies indessen zu betonen; jedoch scheint diesem Urteil und auch anderen Entscheidungen (14, 87; 16, 278; LZ 1915, 433; R 4, 92) die Ansicht der schuldhaften Pflichtverletzung als dritte Schuldart zu unterliegen. Gegen diese Auffassung wendet sich Petersen in Pet. Kleinf. a. a. O.; Kleinf. GS 43 und Wach 83: „damit wird eine Eigenschaft der Person bezeichnet, nicht eine Schuldart".

Nach Klärung der Rechtsansicht ist aber in späteren reichsgerichtlichen Erkenntnissen (45, 93; R 10, 487; GA 36, 401 und 43, 374) eine klare Stellungnahme erfolgt und ausgesprochen, das Vergehen des einfachen Bankerutts könne sowohl vorsätzlich als fahrlässig begangen werden. Irreführend ist es jedoch, den einfachen Bankerutt als fahrlässigen Bankerutt zu bezeichnen, wie es das RG in RGST 6, 97 getan hat. Schließlich ist aber die Pflichtvernachlässigung nichts anderes als schuldhafte Nichterfüllung einer Pflicht; eine Schuldart jedoch, die ihren Inhalt nur durch ihren Widerspruch mit einer Pflicht bestimmt, ist aber — wie Neumeyer 145 darlegt — unmöglich, vielmehr muß die Pflichtvernachlässigung ihrerseits eine vorsätzliche oder fahrlässige sein. Ein Täter kann nur bestraft werden, wenn er entweder den Erfolg sich vorstellt und dessen Eintritt will, also für Vorsatz, oder wenn er ihn sich zwar nicht vorstellt, aber für dieses Sichnichtvorstellen verantwortlich gemacht werden kann, d. i. für Fahrlässigkeit. Kann er nicht mehr verantwortlich gemacht werden, so liegt eben kein Verschulden vor. Neben Vorsatz und Fahrlässigkeit ist somit eine neue Schuldart ausgeschlossen.

Die neuere Literatur tritt dem Lösungsversuch des RG nicht bei; sie geht aber dennoch in der Art des Verschuldens nicht einig. Nur vorsätzliches Handeln anerkennen als strafbar Frank zu § 240, Wach 84 u. A. Dieser Ansicht ist zwar insofern beizustimmen, als der Natur der Sache nach die in § 240 Ziff. 2 aufgeführten Handlungen sowie das Verheimlichen und Vernichten der Handelsbücher nach allgemeiner Ansicht (a. M. Reichart GS 48, 284) nur vorsätzlich begangen werden kann; diese Schriftsteller werden jedoch den Erfordernissen sämtlicher Einzeltatbestände des § 240 nicht gerecht, weil sie die möglicherweise fahrlässig zu begehenden sonstigen Handlungen des § 240 außer Acht lassen.

Nach überwiegender Ansicht kann das Verschulden neben dem Vorsatz auch in der fahrlässigen Begehung zu finden sein; § 240 hebt zwar die Fahrlässigkeit ebensowenig hervor wie den Vorsatz.

Es gibt jedoch, wie Kleinf. GS 43, 169 betont, „keinen allgemeinen Satz (den Wach aufstellt), welcher die Bestrafung der Fahrlässigkeit nur dann erlaubt, wenn die Strafdrohung ausdrücklich die fahrlässige Begehung mitumfaßt". Nimmt man vielmehr an, daß die Frage nach der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit bei Schweigen des Gesetzes aus Grund und Zweck der einzelnen Strafbestimmungen zu beurteilen ist, so läßt § 240 KO die Bestrafung der Fahrlässigkeit als gewollt erkennen, da die meisten in § 240 genannten Handlungen gerade solche sind, die im Regelfalle auf ein leichtsinniges, fahrlässiges Verhalten des Schuldners zurückzuführen sind. Dem Gesetzgeber dürfte aber ferngelegen haben, gerade die Regelfälle der Ziff. 3 und 4 straflos zu lassen; zudem wird sich der Schuldner in den seltensten Fällen bewußt sein, daß er übermässigen Aufwand treibt. Dolus eventualis ist der Natur der Delikte nach nicht ausgeschlossen. So kann der Schuldner, der in § 239 Ziff. 4 nicht mit Bestimmtheit weiß, daß die Führung seiner Geschäftsbücher keine Übersicht über seinen Vermögensstand mehr zuläßt, aber mit dieser Wahrscheinlichkeit rechnet, nicht aus § 239 Ziff. 4, sondern nur aus § 240 Ziff. 3 bestraft werden.

Die herrschende Lehre verlangt bei allen Arten des Bankerutts kein über die einzelnen Bankerutthandlungen hinausgehendes Verschulden in der Richtung, daß auch ZE und KE vom Verschulden umfaßt sein müssen. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung von ZE und KE als außerhalb des Tatbestands liegende objektive Strafbarkeitsbedingungen ist naturgemäß die Erstreckung der subjektiven Seite des Tatbestandes auf ZE und KE überhaupt ausgeschlossen, auch braucht der Täter mit der Möglichkeit des Eintritts der beiden Momente bei vorausgehender Bankerutthandlung nicht gerechnet haben. Auch diejenigen, die in den beiden Umständen Tatbestandsmerkmale sehen, sind — um Unbilligkeiten zu vermeiden und weil unbestritten ein Kausalzusammenhang zwischen ZE oder KE einerseits und Bankerutthandlung andererseits nicht anzunehmen ist — zu einer Einschränkung dahin ge-

zwungen, daß sie ZE und KE als „objektive Merkmale", als Merkmale des äußeren, nicht dagegen des inneren Tatbestandes bezeichnen (vergl. die zu Eingang dieses Teils angeführten Entscheidungen des RG).

Die verschiedenen Ansichten finden somit bei der Frage der Schuld wenigstens im Ergebnis zusammen. Übereinstimmend ist auch unerheblich, ob der Täter zurzeit der ZE oder KE zurechnungsfähig war oder nicht (RG in GA 47, 170).

Entsprechend seinem ganz eigenartigen Standpunkt verlangt Jaeger a. a. O. folgerichtig für ZE und KE als alleinige Tatbestandsmerkmale die Schuld, während die Bankerutthandlungen als Strafbarkeitsbedingungen vom Verschulden nach seiner Ansicht nicht umfaßt werden.

3. Bei Betrachtung des subjektiven Tatbestandes der Gläubigerbegünstigung ergibt sich zunächst, daß eine Handlung des Gemeinschuldners nach § 241 KO unter Strafe gestellt ist, sofern der Schuldner ebenfalls durch ZE oder KE geeignetes Subjekt geworden ist. Soweit sind die Voraussetzungen denen der §§ 239 und 240 angeglichen. Dagegen weichen die beiden Delikte des § 239 und § 241 (unbeschadet ihrer gleichen Grundgedanken) darin von einander ab, daß § 241 vom Schuldner als Täter die Kenntnis von seiner tatsächlich vorliegenden Zahlungsunfähigkeit verlangt. In erster Linie ist daher, wenn das Bewußtsein und damit der Vorsatz sich auf die Zahlungsunfähigkeit erstrecken muß, stets zu prüfen, ob die Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Handlung vorlag. (Schwierig wird sich die Prüfung bei der ZE gestalten, wo genaue Anhaltspunkte, wie bei der KE, nicht immer klar gegeben sind.) Neben dieser Kenntnis verlangt § 241 die Absicht, „einen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen". Ohne hier erneut auf die verschiedene doktrinäre Auffassung des Begriffs „Absicht" einzugehen, sei dargelegt, daß das RG nach langem Schwanken schließlich in RGST 39, 136 die Begünstigungsabsicht definiert hat als „den auf die Herbeiführung des Erfolgs einer Begünstigung bestimmten

Willen des Täters, der da vorliegt, wo die Handlung im Bewußtsein dessen vorgenommen wird, daß sie den Erfolg notwendig und unvermeidlich nach sich ziehe, und wo der Wille des Täters dementsprechend dessen Eintritt umfaßt". Auf dieser Begünstigungsabsicht liegt die Betonung; sie muß Endziel des schuldnerischen Wollens sein. Das Delikt der Gläubigerbegünstigung kann daher nur vorsätzlich begangen werden. Der bloße Eventualdolus genügt nicht (JW 1931, 308). Mit dieser Absicht eng verbunden kann und wird meist das Bewußtsein der Schädigung der anderen Gläubiger sein, jedoch tritt dieses Bewußtsein hinter die Begünstigungsabsicht als Endzweck zurück. Hier liegt der Unterschied zwischen § 241 und § 239, dessen subjektiver Tatbestand den Vorsatz der Schädigung aller Gläubiger verlangt. Ob der Unterschied im Willen zur Erreichung dieser beiden Endziele im einzelnen Falle so groß ist, und ob die Handlung des Täters nach § 241 weniger strafbar ist als das Handeln nach § 239, soll dahingestellt sein; auf jeden Fall erhebt Wach 78 mit Recht die Frage, ob der Schuldner, der einen geringfügigen Gegenstand allen Gläubigern vorenthält, nach § 239 schwerer zu bestrafen sei als der Täter nach § 241, der einem Hauptgläubiger sein ganzes Vermögen übereignet, jedoch die anderen Gläubiger leer ausgehen läßt.

Die Feststellung der Begünstigungsabsicht i. S. von § 241 bedarf einer besonders eingehenden Begründung, wenn die Möglichkeit besteht, daß der vom Schuldner erstrebte Erfolg mit dem Ergebnis zusammenfallen könnte, das im gesetzmäßigen Weg zu erzielen war (JW 1934, 2923).

Die Erweiterung des Täterkreises nach § 244 KO

Die ZE und KE (in den älteren Gesetzen nur die ZE) waren ursprünglich beschränkt auf Einzeltäter, die zivilrechtlich Träger ihrer Rechte und Pflichten, und strafrechtlich die Täter der Bankeruttdelikte der §§ 239 bis 241 waren. Mit der zunehmenden wirtschaftlichen Verschiebung des Einzelunternehmens zum gesellschaftlichen Unternehmen, bei dem nicht eine Einzelperson als Träger des ganzen Geschäfts, sondern eine gesetzliche Vertretung zivilrechtlich zeichnet, gestaltete sich die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die Frage nach dem Tätersubjekt schwieriger und deren Lösung dringender, da wie bei jedem deliktischen Handeln auch bei der Begehung eines Bankeruttdelikts einer Gesellschaft Täter und Schuldner nicht mehr identisch waren. Handeln, Täter sein, kann nur eine natürliche Person, während der Gemeinschuldner, der die Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, eine juristische Person sein kann. Da die Strafbestimmungen der KO, die auf der Identität von Schuldner und Täter aufgebaut waren, aus diesem Grunde diejenigen Täter nicht erfassen konnten, die nicht zugleich Gemeinschuldner waren, brachte die KO vom 10. 2. 1877 als neue Bestimmung den § 244, der die Strafbestimmungen der §§ 239 bis 241 KO auf die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und deren Liquidatoren, sowie der Liquidatoren einer Handelsgesellschaft ausdehnte. Das bedeutete zwar eine Ausdehnung des Täterkreises, aber keine umfassende, da nur die in § 244 ausdrücklich genannten Körperschaften und deren gesetzliche Vertreter einbezogen wurden. Eine weitere Ausdehnung ist allerdings mehrfach durch andere Gesetze erfolgt, so z. B. durch das Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 83, Depotgesetz § 12, Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen § 112 u. 113 und schließlich noch auf gewisse landesgesetzliche Bestimmungen nach § 6 EG zur KO.

Wegen des Einflusses nicht rechtswirksamer Bestellung zum gesetzlichen Vertreter auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 244 hat sich das RG in RGST 58, 304; 64, 84/85 dahin ausgesprochen, daß sich der Vorstand oder Liquidator auf die Fehlerhaftigkeit der Bestellung nicht berufen kann; es genüge, wenn sich der Betreffende tatsächlich in dieser Stellung befunden und das Amt ausgeübt hat.

Soweit Gesellschaften und deren gesetzliche Vertreter in § 244 nicht aufgeführt sind, oder soweit nicht besondere gesetzliche Bestimmungen ähnlicher Art vorhanden sind, ist eine analoge Anwendung auf andere nicht genannte Gesellschaften und deren Vertreter ausgeschlossen (RGST 38, 200: keine analoge Anwendung auf die Mitglieder eines Grubenvorstandes). Es bleibt daher im Gesetz eine Lücke, die nach dem bisherigen Wortlaut des § 244 nicht zu schließen war. Mit Recht nennt daher Wach 103 den § 244 eine „Halbheit". Er verlangt nach der ratio legis die Anerkennung der Täterschaft, soweit die gesetzliche Vertretung reicht (ebenso Bruns 18/19).

Schuldnerbegünstigung (§ 242 KO) und Stimmverkauf (§ 243 KO) sind keine Bankeruttdelikte

Immer wieder bot diese Arbeit die Gelegenheit, auf die Grundbegriffe und Einzelmerkmale hinzuweisen und einzugehen, die den Delikten nach den Strafbestimmungen der KO gemeinsam sind. So ist den §§ 239, 240 u. 241 (244) gemeinsam, daß die Begehung der Handlung von demjenigen verlangt wird, der Schuldner ist. Der Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wurde, soll sich möglichst zahlungsfähig erhalten, um die Verletzung der Gläubigerinteressen weitgehendst zu beschränken; er soll sich daher jeder Handlung enthalten, die geeignet ist, diese Interessen zu verletzen. Das ist der in den Strafbestimmungen der KO zum Ausdruck gebrachte Grundgedanke, das „Grunddelikt des Bankrotts", wie Binding 421 ihn nennt. Nach Neumeyer 191 „kann nur der einen Bankerott begehen, der die Pflicht verletzt, sich zahlungsfähig zu erhalten, also nur der Schuldner". Damit ist der Kreis der eigentlichen Bankeruttdelikte mit den §§ 239, 240 u. 241 umschlossen, da nach diesen Bestimmungen nur der Schuldner der Täter sein kann. In § 242 dagegen wird die Handlung gerade nicht vom Schuldner, sondern von einem Dritten verlangt, von einem Nichtschuldner. Der Nichtschuldner aber kann, wie Lettenbauer 8 u. 84 zutreffend bemerkt, nicht gegen die Pflicht verstoßen, sich allen Gläubigern gegenüber zahlungsfähig zu erhalten.

Die Schuldnerbegünstigung hat daher nur den Charakter einer Bankeruttunterstützung; sie führt diese Unterbezeichnung damit nicht zu Unrecht. Als Bankeruttdelikt selbst ist sie aber nicht zu betrachten (ebenso Kellner 18). Im Gegensatz zu dieser Ansicht steht Olsh. — Zweig (Anm. 1 zu 242), der die Schuldnerbegünstigung als eine „Unterart des Bankeruttdelikts" bezeichnet, während

Reichart (GS 48, 327) in der Schuldnerbegünstigung den „Bankerott eines Nichtschuldners" sieht, eine Bezeichnung, die wohl in sich selbst schon widersprechend ist.

Dieselben Erwägungen über die Grundgedanken der Bankeruttthandlungen führen auch zum Ausschluß des Stimmverkaufs (§ 243) aus dem Kreis der Bankeruttdelikte. „KO § 213 (243), demzufolge der Gläubiger bestraft werden soll, der sich für eine in gewissem Sinne vorzunehmende Abstimmung im Konkurse Vorteile gewähren oder versprechen läßt, fällt so wenig in das Gebiet des Bankerotts als KO § 212 (242)" (Neumeyer 191); Seite 193 beschränkt Neumeyer das geltende Bankeruttrecht „auf die drei Verbrechen des einfachen Bankerotts, des betrügerischen Bankerotts und der Gläubigerbegünstigung".

Die Anwendung der Allgemeinen Grundsätze des STGB auf die Bankerutthandlungen

Die Strafbestimmungen der KO, die im wesentlichen vom code de commerce (1807) über das Preußische STGB (1851) und über das STGB des Norddeutschen Bundes in das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. 5. 1871 übernommen wurden, waren nach dem Gang dieser geschichtlichen Entwicklung bis zum 1. 10. 1879 als §§ 281 bis 283 Bestandteil des RSTGB. Mit diesem Tage wurden sie durch EG § 3 Abs. 2 Ziff. 3 zur KO aufgehoben, da an ihre Stelle die Strafbestimmungen der KO §§ 209, 210 u. 212 getreten sind. Zu diesen Bestimmungen über den betrügerischen Bankerutt, den einfachen Bankerutt und die Schuldnerbegünstigung trat noch die Bestimmung über die Gläubigerbegünstigung (§ 211) und über den Stimmverkauf (§ 213). Diese Bestimmungen wurden alsdann durch die Konkursnovelle vom 17. 5. 1898 in die §§ 239 bis 244 KO übergeleitet.

Als frühere Bestandteile des STGB bestand kein Anlaß, an der Anwendungsmöglichkeit der allgemeinen Bestimmungen des STGB auf die Bankeruttdelikte zu zweifeln. Mit ihrem Ausscheiden aus dem STGB aber erhob sich die Frage, ob sie durch die Übernahme in die KO aus dem Wirkungskreis des Allgemeinen Teils des STGB herausgenommen wurden oder ob diese Grundsätze auch auf die Strafbestimmungen der KO auszudehnen sind. Das RG hat verschiedentlich (2, 439; 3, 350; 4, 1; 5, 435; 61, 315) ausgeführt, daß die Grundsätze des Allg. Teils des STGB das ganze Gebiet des Strafrechts beherrschen, auch die Spezialstrafgesetze. Außerdem wurden die wesentlichsten Strafbestimmungen der KO vom STGB in die KO verwiesen, ohne daß sich eine Bestimmung finden ließe, die den vorherigen Zustand, für dessen Weiterbestehen von sich aus die Annahme bestand, änderte. Das RG hat sich in seinen

Entscheidungen klar geäußert und dargelegt, daß die §§ 281 bis 283 STGB durch § 3 Abs. 2 Nr. 3 EG zur KO zwar aufgehoben wurden, daß aber dadurch die Anwendbarkeit der Allg. Grundsätze des STGB nicht ausgeschlossen worden ist.

Den folgenden Ausführungen zu den Bestimmungen des Allg. Teils des STGB in ihrer Anwendung auf die Bankeruttdelikte steht daher nichts entgegen.

Ort und Zeit der Handlung
Verjährung

Die in dieser Arbeit vertretene Theorie der ZE und KE als objektive Strafbarkeitsbedingungen führt bei der Frage nach Ort und Zeit der Handlung und nach dem Beginn der Verjährungsfrist zu folgenden Ergebnissen:

Ein Delikt ist nach allgemeiner Ansicht überall da begangen, wo ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht worden ist (Tätigkeitstheorie), oder wo der Erfolg eingetreten ist (Erfolgstheorie) oder schließlich dort, wo die Tätigkeit entwickelt oder der Erfolg eingetreten ist (Einheits- oder Gleichstellungstheorie; RGST 57, 145). Diese Theorien erscheinen noch in Zwischentheorien verschiedener Art, auf die jedoch hier nicht näher einzugehen ist. Der Grundgedanke bei allen Theorien ist auf jeden Fall der, daß die Handlung die Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen erfordert. Ist man daher der Ansicht, daß ZE und KE keine Tatbestandsmerkmale, sondern Strafbarkeitsbedingungen sind, so gilt nach der Tätigkeitstheorie als Ort des Bankerutts der Ort der Begehung der einzelnen Bankerutthandlungen. Von Liszt erachtet daher für den Ort der Begehung der Bankerutthandlung den Eintritt der ZE (KO) als Bedingung der Strafbarkeit für gleichgültig. Denselben Standpunkt vertritt grundsätzlich auch Frank (VI zu § 239 KO und IV zu § 3 STGB); er stellt den Satz auf, daß Zeit und Ort der strafbaren Handlung nur durch die maßgebende körperliche Tätigkeit bestimmt werden und zwar ohne Rücksicht auf den Erfolg (ebenso im Ergebnis Olsh. Zw. II Nr. 35 zu 239; Binding 428). Auch Wach 68 teilt diese Ansicht; nach ihm ist der Tatort „dort und nur dort zu suchen, wo die einzelnen Bankrotthandlungen begangen wurden". Derselben Ansicht sind außerdem B. Wolff 46 und Reichart GS 48, 295. Diese Richtung läßt sonach nur den Ort als Begehungs-

ort gelten, wo die einzelnen Bankerutthandlungen begangen worden sind, obwohl ihre Vertreter in der Lehre über die Bedeutung der ZE und KE teilweise verschiedene Wege gehen. Es muß zugegeben werden, daß der Täter hiernach bei Begehung einer Bankerutthandlung im Ausland grundsätzlich nicht zu bestrafen ist; diese Tatsache — als Folge des Territorialprinzips des § 3 STGB — aber gegen die Vertreter der Tätigkeitstheorie ins Feld zu führen, ginge aber dennoch nicht an. Wenn dieser Täter im Ausland die Bankerutthandlung begangen hat, dann ist unter den Voraussetzungen des § 4 STGB dennoch die Möglichkeit zu seiner Bestrafung im Inland gegeben. Das RG hat in bemerkenswerter Weise den Ort der ZE oder KE dem Ort der Handlung gleichgestellt, obwohl es ZE oder KE in einzelnen Entscheidungen als Strafbarkeitsbedingungen betrachtet (43, 85).

Auf diese Hilfsmittel sind allerdings diejenigen nicht angewiesen, die in ZE und KE ebensowohl Tatbestandsmerkmale erblicken, wie in den einzelnen Bankerutthandlungen. Die Tat ist in diesem Fall auch dort begangen, wo ZE und KE erfolgt, wie sie nach dieser Ansicht überall da begangen ist, wo auch nur ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht worden ist.

Wer — wie Helfferich 30 ff., 43 — in ZE und KE lediglich ein Symptom dafür sieht, daß durch die Bankerutthandlung die Gläubiger benachteiligt sind, „so ist der Ort der ZE offenbar niemals Ort der strafbaren Handlung, weil die ZE nur Symptom dafür ist, daß der Erfolg des Delikts (Gläubigerbenachteiligung) eingetreten, nicht aber dafür, wo dies geschehen ist". Er stellt sich damit auf den Standpunkt, daß der Ort der Begehung in erster Linie der Ort ist, wo die Bankerutthandlung ausgeführt wurde, also der Tätigkeitsort, weist es aber nicht ab, daneben als Begehungsort auch den Ort des Erfolgs zuzulassen, d. i. der Ort, wo die Gläubigerbenachteiligung (Verletzung oder Gefährdung) eingetreten ist. Er vertritt damit die Theorie von der Gleichstellung des Tätigkeits- und Erfolgsorts. Für Neumeyer 157, nach dessen Auffassung sich

die ZE als der Erfolg der Bankerutthandlung darstellt, erscheint folgerichtig der Ort als Tatort, „an welchem sich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in der Einstellung seiner Zahlungen oder in der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen geäußert hat"; eine Handlung ist nach seiner Ansicht da begangen, wo der Erfolg eintrete. Wenn Neumeyer zu diesem Ergebnis kommt, infolge seiner Auffassung von ZE und KE als Erfolg des Bankeruttdelikts, so kommt Jaeger auf dem ganz anderen Wege über die Tätigkeit seltsamer Weise zu demselben Ergebnis. Da er in ZE und KE die eigentlichen Bankerutthandlungen sieht, so ist der Ort maßgebend, wo diese Tatsachen eingetreten sind.

Mögen all die verschiedenen Ansichten theoretisch so oder so begründet sein, — in einem wenigstens scheinen sich die Theoretiker zu treffen, nämlich in der Frage der praktischen Brauchbarkeit ihrer Ansichten. Unverkennbar ist bei aller Theorie die Suche nach einer praktischen Lösung, um auch diejenigen Täter erfassen zu können, die eine der Handlungen der Bankeruttdelikte an diesem Ort begangen haben, während etwa der Ort der ZE oder KE von dem Ort der Handlung abweicht, sei es bei verschiedenen Orten im Inland oder im Inland und Ausland.

Die Zeit der Begehung

Ähnliche Erwägungen wie bei dem Ort der Begehung ergeben sich für die Frage nach der Bedeutung der Zeit der Handlung. Neben der Bedeutung für die Frage des intertemporalen Strafrechts (§ 2 STGB) gewinnt die Beurteilung besondere Wichtigkeit für den Beginn der Verjährung. § 67 STGB bestimmt: „die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolgs". Neumeyer 157 läßt dementsprechend die Verjährung mit dem Tage der Bankerutthandlung beginnen, ebenso von seinem Standpunkt aus Helfferich 48 und Jaeger a. a. O. Wer ZE und KE als Tatbestandsmerkmal betrachtet, kann den Beginn der Verjährung erst auf den Zeitpunkt verlegen, zu dem die Handlung in den Tatbe-

standsmerkmalen vollendet ist; bei begangener Bankerutthandlung und vorliegender ZE oder KE, also mit dem Eintritt des letzten Tatbestandsmerkmals, demnach mit Begehung der Bankerutthandlung, wenn sie der ZE oder KE nachfolgt oder umgekehrt, wenn die Bankerutthandlung diesen Umständen vorausging. Geht man aber, wie in dieser Arbeit geschehen, davon aus, daß ZE und KE objektive Strafbarkeitsbedingungen sind, so sind sie bei der nach § 67 STGB notwendig zu beantwortenden Frage der Begehung auszuschließen; das Delikt ist begangen mit Vollendung der Bankerutthandlung — aber die Strafbarkeit ist von dem Eintritt der ZE oder KE abhängig. Ohne diese Bedingung ist der Strafanspruch des Staates gehemmt. Deshalb kann die Verjährung erst mit Eintritt der Bedingung zu laufen beginnen (Liszt 464; Binding I 430). Trotz der verschiedensten Lösungsversuche kann als feststehend anerkannt werden, daß alle Lehren der Zeit der körperlichen Tätigkeit maßgebende Bedeutung beilegen (Liszt a. a. O.; Neumeyer a. a. O.; Helfferich a. a. O.; Kitzinger 195; Frank VI zu 239 und II zu § 67; Wach 69).

Der Versuch

In jedem Tatbestand der Bankeruttdelikte, in §§ 239, 240 u. 241 findet sich der Relativsatz: „welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist". ZE oder KE sind daher für die Strafbarkeit eines jeden Delikts erforderlich. Nur solche Schuldner werden bestraft, bei denen eines der beiden Ereignisse zur Zeit der Bankeruttthandlung bereits eingetreten war oder nach Begehung der Handlung in gewisser Beziehung zu dieser Handlung eintreten wird. Als vollendet strafbar sind die Bankeruttdelikte demnach nur dann, wenn ZE oder KE vorliegen und eine der im Gesetz aufgeführten Bankerutthandlungen hinzukommen. Wie bei jedem deliktischen Handeln kann auch bei den Bankeruttdelikten die Ausführung in dem Stadium einer Handlung stecken bleiben, die erst den Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens enthält, sodaß die Handlung noch nicht alle Merkmale des Tatbestandes verwirklicht. Das Delikt ist dann nicht vollendet, sondern es liegt Versuch nach § 43 STGB vor. Bei den Bankeruttdelikten erhebt sich nun aber die Frage, was von dem Tatbestand fehlen darf, um einen Versuch noch annehmen zu können.

Vom Standpunkt der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung von ZE oder KE als objektive Bedingungen der Strafbarkeit betrachtet, ist das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der ZE oder KE für die Frage des Versuchs an sich ohne Bedeutung. Denn die objektive Bedingung der Strafbarkeit ist kein Tatbestandsmerkmal. Merkmale des Tatbestands sind allein die Bankerutthandlungen. Der Versuch eines Bankeruttdelikts ist sonach nur gegeben, wenn der Täter begonnen hat, eine der im Gesetz bezeichneten Bankerutthandlungen auszuführen. Dieser Versuch ist aber noch nicht strafbar. Der Täter ist vielmehr trotz des Beginns der Ausführung

straffrei, wenn zur Zeit der Betätigung eine ZE oder KE nicht vorlag, oder wenn sie später dieser Betätigung nicht nachfolgt. Da ZE und KE eben nur äußere Bedingungen der Strafbarkeit und somit von der Bankerutthandlung unabhängig sind, ist der Strafanspruch des Staates nur entstanden, wenn eine dieser Bedingungen zu der Ausführung oder zu deren Anfang hinzutritt. Daher ist bei ihrem Fehlen mit den Vertretern der Bedingungstheorie die Annahme eines strafbaren Bankerutts abzulehnen. Ebenso müssen von ihrem Standpunkt aus Binding I, 429 und Wach 67 urteilen. Die Strafbarkeit des Versuchs ist dagegen selbst bei fehlender ZE oder KE von denjenigen zu bejahen, die in diesen Ereignissen den verbrecherischen Erfolg oder wenigstens Symptome dieses Erfolgs sehen. So liegt nach Neumeyer 174 ein strafbarer Versuch dann vor, „wenn die erwartete ZE nicht erfolgte und die Bankerutthandlung nicht völlig zu Ende geführt wurde", da es sich auf jeden Fall um einen „gefährlichen Anfang" der Ausführung des Verbrechens handle. Zu einem gleichen Ergebnis kommt auch Frank zu § 239 bei fehlender ZE oder KE. Von seinem Standpunkt aus, daß ZE und KE Symptome für die Benachteiligung oder Gefährdung der Gläubiger seien, kommt er zu einer Bejahung des Versuchs, wenn nur die Bankerutthandlungen versucht sind. Nach dieser Ansicht stehen ZE und KE dem Versuch der Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen, da ZE und KE mit seinen Worten „die Bedeutung eines Erkenntnisgrundes für die herbeigeführte Benachteiligung der Gläubiger" haben. Helfferich 50 folgert aus der „systematischen Stellung und Beziehung", daß der Gesetzgeber „entscheidende Bedeutung auf den Eintritt der ZE oder KE gelegt hat". Er folgert daraus, „daß beim Fehlen dieser Umstände ein strafrechtlicher Eingriff überhaupt nicht erfolgen soll; man wird demnach in diesen Momenten nicht nur exklusive Erkenntnismittel für die Vollendung des Delikts sehen dürfen, sondern annehmen müssen, daß ohne Eintritt dieser Umstände keine strafbare Handlung vorhanden ist". Im Endergebnis kommt Helfferich mit seiner Begründung der An-

sicht von ZE und KE als objektive Strafbarkeitsbedingungen nahe, da auch er auf dem Standpunkt steht, daß ein strafbarer Versuch, überhaupt eine strafbare Bankerutthandlung nur vorliegt, wenn ZE oder KE erfolgt sind.

Im Gegensatz zu diesen Ansichten stehen die Vertreter der Lehre, die in ZE und KE Tatbestandsmerkmale sehen und die beiden Momente als Tatbestandsmerkmale den Bankerutthandlungen gleichstellen. Auf die Frage, was darf also hier vom Tatbestand fehlen, damit trotzdem noch Versuch übrig bleibt, ergibt sich sonach die Antwort: entweder können fehlen die ZE oder KE oder die Bankerutthandlung. Ist die Bankerutthandlung begangen, so liegt Versuch vor, ebenso wenn ZE oder KE gegeben sind, aber die Bankerutthandlung nicht begangen ist.

Jaeger, der ZE und KE als die eigentlichen Bankeruttdelikte, die Bankerutthandlungen dagegen nur als Indizien der Schuld betrachtet, kommt zwar von seinem Standpunkt aus folgerichtig zu dem Ergebnis, daß ein Versuch des betrügerischen Bankerutts nicht denkbar ist. Das ist für seinen Standpunkt durchaus richtig, da sich ZE und KE nicht in einem Stadium des Anfangs der Ausführung denken lassen; entweder sind sie nicht vorhanden, dann liegt kein Versuch vor („ohne Falliten kein Bankrott, auch kein versuchter"), oder aber sie sind gegeben, dann ist nach seiner Lehre die Tat vollendet.

Die Behandlung der Frage des Versuchs hängt demnach bei den Bankeruttdelikten von der Auffassung über die Bedeutung von ZE und KE ab.

Der Versuch der einzelnen Bankerutthandlungen des § 239 ist denkbar, mit Ausnahme Ziffer 3, da sich etwa ein teilweises Unterlassen als selbständige Handlung nicht vorstellen läßt, sondern gegebenenfalls unter Ziffer 4 fallen würde.

Die theoretischen Ausführungen über den Versuch treffen zwar auf die §§ 239, 240 und 241 in gleicher Weise zu; jedoch entbehren sie bei §§ 240, 241 der praktischen Auswirkung, da der Versuch

der Vergehen des einfachen Bankerutts und der Gläubigerbegünstigung mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung nicht strafbar ist. Ein Rücktritt vom Versuch des § 239 KO richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 46 STGB. Der Rücktritt vom betrügerischen Bankerutt ist aber nur denkbar beim unbeendigten Versuch, wenn also die eigentliche Bankerutthandlung noch nicht abgeschlossen ist. Ein Rücktritt vom beendigten Versuch nach § 46 Ziff. 2 STGB erscheint aber nicht möglich, da die Bankerutthandlung mit ihrer Begehung vollendet ist. Ein darüber hinausgehender Erfolg wird nicht verlangt; dem Täter ist daher keine Möglichkeit gegeben, durch eine weitere positive Tätigkeit den Erfolg noch abzuwenden.

Die Teilnahme

Die Teilnahme an den Bankeruttdelikten bestimmt sich gleichfalls nach den allgemeinen Vorschriften des Strafgesetzbuches. Als Teilnahmeformen kennt das Gesetz die Mittäterschaft § 47, die Anstiftung § 48 und die Beihilfe § 49.

Die Anwendung der Bestimmungen über die Teilnahme auf die Bankeruttdelikte bietet Schwierigkeiten wegen des Charakters der Bankeruttdelikte als Sonderdelikte und wegen der vom Gesetzgeber unterlassenen scharfen Abgrenzung der einzelnen Strafbestimmungen der KO untereinander. Daß die Bankerutthandlungen wegen der bei ihnen verlangten Sondereigenschaft des Täters (Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wurde, wobei außerdem z. T. die Eigenschaft eines Vollkaufmanns verlangt wird) zu den Sonderdelikten zu rechnen sind, kann als herrschende Meinung unterstellt werden.

Für die Mittäterschaft ergibt sich aber daraus, daß von dem Mittäter, der mit dem Täter bewußt und gewollt zusammenwirkt, dieselben Eigenschaften wie vom Täter zu verlangen sind. Außerdem müssen die Gläubigerinteressen dieselben sein, was einen Kreis gleicher Gläubiger voraussetzt (z. B. ZE oder KE über das Gesamtgut der Ehegatten, über das Gesellschaftsvermögen einer OHG — RGST 31, 407 — oder über die Gesellschafter einer Gesellschaft nach § 705 BGB, außerdem bei der Erweiterung des Täterkreises nach § 244 KO).

Bei Gläubigerbegünstigung (und bei dem unechten Bankeruttdelikt der Schuldnerbegünstigung) ist ein Zusammenwirken des Schuldners und Nichtschuldners denkbar, aber nicht in der Form der Mittäterschaft, da gerade bei diesen beiden Fällen die Täter verschiedene Personen sein müssen.

Wenngleich die Täterschaft auf die Täterqualität beschränkt ist, so hindert dies nicht, daß für Außenstehende Anstiftung und Beihilfe zulässig ist. Nach Frank VI 1 zu § 47 ist die schuldhafte Beteiligung einer Person, die hiernach nicht wegen Mittäterschaft haftet, ohne weiteres Beihilfe. Infolge der akzessorischen Natur der Anstiftung und Beihilfe muß sich die Schuld des Teilnehmers soweit erstrecken, wie die des Haupttäters, also nur auf die Bankerutthandlungen. Jedoch ist die Teilnahme in der Form der Anstiftung und Beihilfe nur dann möglich, wenn die Bankerutthandlung vorsätzlich begangen ist, da beide Formen nur zu einem vorsätzlich begangenem Delikt begangen werden können; die Möglichkeit einer Teilnahme an fahrlässigen Delikten (das kann bei § 240 KO der Fall sein) ist zwar in der Literatur nicht unerörtert geblieben, jedoch verneint die Mehrzahl der Schriftsteller und auch das RG diese Möglichkeit (Frank IV 2 vor § 47 STGB mit ausführlicher Literaturangabe).

Für die Teilnahme gilt der Grundsatz, daß derjenige Teilnehmer ist, der vorsätzlich zu der von dem Täter vorsätzlich begangenen Tat mit dem animus socii mitwirkt; also würde auch derjenige Teilnehmer sein, und bestraft werden müssen, ohne dessen Mitwirken der Täter eine Bankerutthandlung überhaupt nicht ausführen kann. Es erhebt sich daher bei den Bankerutthandlungen des § 240 Ziff. 1 u. 2, ferner bei § 241 die prinzipielle Frage, ob auch derjenige als Teilnehmer anzusehen ist, der mit dem Täter in den Formen des § 240 Ziff. 1 u. 2 Vermögensbestandteile vergeudet, sowie derjenige Gläubiger, der im Falle des § 241 die Begünstigung annimmt. (Bedeutung kommt dieser Frage bei § 240 Ziff. 1 u. 2 allerdings nur dann zu, wenn eine vorsätzliche Begehung von Seiten des Schuldners vorliegt; bei nur fahrlässiger Begehung ist, wie ausgeführt, die strafbare Teilnahme zu verneinen.) Die Begehung der Handlungen des § 240 Ziff. 1. u. 2, ferner des § 241 durch den Schuldner setzt eine notwendige Teilnahme dritter Personen voraus. Sind auch diese Personen nach den allgemeinen

Grundsätzen über die Teilnahme zu bestrafen? Bei der notwendigen Teilnahme, bei der der Teilnehmer nicht mehr handelt, als daß er dem Täter die Möglichkeit der Ausführung seiner Handlung bietet, läßt sich in der Rechtsprechung die nahezu einhellige Ansicht verfolgen, daß die Teilnehmer straflos ausgehen. Frank (V 1 vor § 47) führt hierzu aus: „werden bei einem solchen Delikt nur einzelne der notwendig bezeichneten Personen für strafbar erklärt, so wird damit indirekt die Straflosigkeit der übrigen beteiligten Personen ausgesprochen und zwar auch als Teilnehmer". Ebenso äußert sich Neumeyer 189/190, der aus dem Stillschweigen des Gesetzes über sie Strafbarkeit der Teilnehmer folgert, daß der Gesetzgeber die Handlung des notwendigen Teilnehmers als straflos behandeln will. Gleicher Ansicht sind Liszt 663, Reichart GS 48, 325, Olsh. Zw. Anm. 11 zu § 241 und Jaeger zu § 241. Das bedeutet, insbesondere übertragen auf die Teilnahme an der Gläubigerbegünstigung, daß der die Begünstigung annehmende Gläubiger grundsätzlich nicht der Bestrafung ausgesetzt ist. Dagegen nimmt das RG in ständiger Rechtsprechung (2, 439; 5, 275 u. 435; 20, 216; 29, 304; 39, 134; 48, 21; 61, 315; 65, 417) und eine Reihe von Schriftstellern (Pet. Kleinf. zu § 241; Schmidt 201; Wachenfeld 433) an, daß die Tätigkeit des Teilnehmers, die über ein lediglich passives Verhalten hinausgeht, zur Teilnahmehandlung werden kann. Sonach würde die Gläubigerbegünstigung straflos sein, wenn der Gläubiger nur die Begünstigung annimmt, sich aber einer weiteren Tätigkeit enthält; er würde sich aber als Teilnehmer des § 239 strafbar machen, wenn er eine über das passive Verhalten hinausgehende Handlung vornimmt, also aktiv bei einer Begünstigungshandlung mitwirkt. Im Verfolg seiner ständigen Rechtssprechung zu dem Problem der notwendigen Teilnahme läßt das RG zwar zu, daß einem Gläubiger, dem sein Schuldner unter Hintansetzung der übrigen Gläubiger freiwillig Befriedigung anbietet, nicht zugemutet wird, die Befriedigung, auf die er in gewisser Weise ein Recht hat, abzulehnen. Wenn aber der Gläubiger die treibende Kraft ist

und den Schuldner veranlaßt, ihm einen Sondervorteil zu verschaffen, ist der Gläubiger wegen Anstiftung zu § 241 zu bestrafen (JW 1934, 2557). In der Besprechung zu diesem Urteil weist Dahm a. a. O. neben der Behandlung des Themas der notwendigen Teilnahme in abstracto darauf hin, daß gerade heute in concreto dieses Urteil und die Rechtssprechung des RG dem Volksempfinden entspricht; entscheidend sei „die rechtspolitische Erwägung, daß gerade nach der heute herrschenden und maßgebenden Rechtsauffassung der Gläubiger auf seine Mitgläubiger Rücksicht zu nehmen hat". Nach dem Grundsatz: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" müsse das Recht des Einzelnen gegenüber dem Recht der Gesamtheit zurücktreten; die Betreibung des Individualrechts werde zum Unrecht, wenn es auf Kosten der Allgemeinheit erfolgt. Diese Ueberlegung lege hier eine Einschränkung der notwendigen Teilnahme und eine Bestrafung in allen Fällen nahe, in denen der Gläubiger über das Maß der unbedingt notwendigen Teilnahme hinausgegangen sei. Die gleichen Grundsätze gelten für den Stimmverkauf § 243 KO. Wenngleich § 242 KO (Schuldnerbegünstigung) nach den Ausführungen oben kein Bankeruttdelikt ist, so sei der Vollständigkeit halber dargelegt, daß § 242 nach m. A. keine Teilnahmehandlungen zu § 239 enthalten will, da das Gesetz bei § 242 beim Gemeinschuldner überhaupt keinen strafbaren Bankerutt voraussetzt. Damit fehlt dem § 242 im Verhältnis zu § 239 das wichtigste Erfordernis der Teilnahme: die notwendige Akzessorietät. Die Bankeruttunterstützung kann daher nichts anderes als ein selbständiges Delikt sein. Aus diesen Gründen „stellt sich die Teilnahme des Schuldners an der Bankrottunterstützung nicht als notwendige Teilnahme dar" (Lettenbauer 127 mit Literaturhinweisen).

Die Konkurrenz

Die Zusammenhänge innerhalb der einzelnen Bankeruttdelikte und in ihrer Beziehung zueinander zeigen sich sehr deutlich bei der Frage der Konkurrenz der Bankerutt-Tatbestände. ZE oder KE bewirken eine sehr enge Verbundenheit der innerhalb derselben Bestimmung begangenen mehrfachen Bankerutthandlungen, wenn diese in Bezug auf dieselbe ZE oder KE begangen sind. Begeht etwa der Schuldner vor oder nach ZE oder KE z. B. mehrere Handlungen nach § 239 KO, so treten diese Handlungen nicht in Realkonkurrenz, was nach § 74 STGB zu erwarten wäre, sondern sie stehen nach nahezu einhelliger Ansicht in einer Verkehrseinheit. Neumeyer, der 175 bis 178 die verschiedenen Ansichten (besonders von Liszt) einer eingehenden Kritik unterzieht, kommt zu dem Ergebnis, daß zwar jede Bankerutthandlung grundsätzlich den ganzen Tatbestand des Verbrechens erschöpfe; „mehrere Bankerutthandlungen stehen zueinander im Verhältnisse eines sachlichen Zusammenflusses". Eine Verkehrseinheit liege jedoch nicht vor, wenngleich die einzelnen Handlungen „in naher Beziehung" zueinander stehen. Er wendet sich daher gegen die Ansicht, daß der betrügerische Bankerutt als ein „fortgesetztes Verbrechen" bezeichnet werde und hält Realkonkurrenz nicht für ausgeschlossen. Auf jeden Fall ist festzustellen, daß die überwiegende Ansicht (Wach 69, Bauer, Lehrb. 610; Stenglein zu §§ 239, 240 und das RG in ständiger Rechtssprechung 1, 101; 6, 338; 7, 642; 11, 252; 13, 43; 34, 328; 58, 304) trotz ihrer verschiedenen Auffassungen über ZE und KE eine Einheit betont, wenn eine ZE oder KE vorliegt und mehrere Bankerutthandlungen derselben Strafbestimmung begangen sind. Wach läßt nur eine einzige Straftat gelten „gleichviel, wieviel Bankerutthandlungen sich zugetragen haben mögen". Auch Liszt 659, als Vertreter der Theorie von ZE und KE als objektive Strafbar-

keitsbedingungen, steht auf dem (besonders von Neumeyer bestr.) Standpunkt, daß die vom Gemeinschuldner begangenen Einzelhandlungen durch dieselbe ZE oder KE als einheitliche Bedingungen der Strafbarkeit zu einer juristischen Handlungseinheit zusammengehalten werden.

Aber auch wenn Bankerutthandlungen nicht bloß innerhalb der einzelnen Gesetzesbestimmungen, sondern auch in den verschiedenen Strafbestimmungen mehrerer Bankeruttdelikte begangen werden, so wird „auch diese Deliktskonkurrenz durch die Einheit der ZE bezw. KE zur Verbrechenseinheit verbunden" (Lettenbauer 129). Bei verschiedener Strafbestimmung, z. B. zwischen § 239 und § 241, ist jedoch notwendig zu untersuchen, aus welchem Gesetz die Strafe zu entnehmen ist. In dieser Beziehung ist das oben dargelegte Wesen der Gläubigerbegünstigung in ihrem Verhältnis zu § 239 von Bedeutung. Diejenigen, welche die Gläubigerbegünstigung als selbständiges Delikt neben dem betrügerischen Bankerutt betrachten, kommen beim Zusammentreffen von Gläubigerbegünstigung mit betrügerischem Bankerutt (bei gleicher ZE oder KE) zu dem Ergebnis der Realkonkurrenz (Frank VI zu § 241; Neumeyer 88; Reichart 322). Vertritt man aber den Standpunkt, daß die Gläubigerbegünstigung nur ein privilegierter Fall des betrügerischen Bankerutts ist, dann liegt nur eine scheinbare Konkurrenz vor. Die beiden Gesetze, unter welche die Handlung fällt, werden deshalb nicht kumulativ verletzt, weil der Tatbestand des betrügerischen Bankerutts hinter den der Gläubigerbegünstigung als dem spezielleren Gesetz zurücktritt. In diesen Fällen gilt: lex specialis derogat legi generali. Die Strafe ist daher aus § 241 zu entnehmen. Die Bestrafung erfolgt dagegen nach § 73 STGB aus der schwereren Strafandrohung, wenn der Schuldner in der Absicht handelt, einen Gläubiger zu begünstigen und zugleich in der Absicht, die Gläubiger i. S. § 239 zu benachteiligen; bei diesem Zusammentreffen ist wohl Idealkonkurrenz anzunehmen.

Die durch die gleiche ZE oder KE geschaffene rechtliche Einheit

der Bankerutthandlungen wird dann aufgelöst, wenn mehrere Bankerutthandlungen (derselben oder verschiedener Strafbestimmungen) in Bezug auf mehrere Zahlungseinstellungen oder Konkurseröffnungen begangen werden. Dieses Zusammentreffen, das allerdings sehr selten sein wird, würde zur Realkonkurrenz nach § 74 STGB führen.

Lebenslauf

Als dritter Sohn des Buchhändlers Albrecht Walther und Ehefrau Rosalie geb. Mößmer wurde ich am 1. Dezember 1905 in Hechingen geboren. In meiner Heimatstadt besuchte ich die Volksschule und von 1915 an das Reform-Real-Gymnasium, an dem ich im Frühjahr 1924 die Reifeprüfung bestand. Nach zweijähriger Tätigkeit im Buchhandel und Studium der Philosophie, widmete ich mich vom Sommer-Semester 1926 ab dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen, an der ich am 3. Juni 1930 das Referendarexamen bestand. Nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes bei Gericht, Staatsanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft in Hechingen, Tübingen und Stuttgart, bestand ich am 27. Juni 1933 in Stuttgart die Assessorprüfung. Nach verschiedenen beruflichen Vertretungen wurde ich auf den 1. Januar 1934 zum Leiter der Entschuldungsstelle bei der Hohenz. Landesbank ernannt und versah vom 1. Juli 1934 bis 1. Oktober 1935 bei dieser Anstalt zugleich die Stelle des Rechtsrats in der Direktion in Sigmaringen. Infolge der Verlegung der Entschuldungsstelle nach Hechingen, bin ich zurzeit in Hechingen tätig. Am 25. Juni 1936 bestand ich an der Universität Tübingen die Juristische Doktorprüfung.